

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DELLE PERSONE GIURIDICHE

Parte generale

- A)fondamenti della responsabilità della società ex D.Lvo 231/01;
- B)modelli di organizzazione e gestione, loro contenuti;
- C)le diverse sanzioni a carico dell' ente;
- D)i reati presupposto rilevanti per le imprese;
- E)ruolo e funzioni dell' O.d.V.;

Alcuni cenni e riflessioni in materia di D. Lvo 231/01

Dopo lunga gestazione internazionale, con D. Lvo 08.06.2001 n. 231 entra in vigore una normativa di grande attualità ed importanza che introduce per la prima volta nell'ordinamento italiano la responsabilità "amministrativa" degli enti, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

Qui interessano le "società commerciali".

A) Qual è il fondamento di tale responsabilità?

La società risponde per "i reati" commessi nel suo interesse "o" a suo vantaggio: 1) dalle persone che hanno la legale rappresentanza, amministratori, direttori della società, ovvero, laddove ci siano più sedi, della unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale; 2) dagli amministratori di fatto; 3) dalle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui ai nn. 1) e 2).

In altre parole ogni volta che il Pubblico Ministero acquisisce la notizia di reato ed iscrive nel registro degli indagati una persona - ad es. l'amministratore di una società che ha pagato una tangente per aggiudicarsi l'appalto nell'interesse della società - contemporaneamente iscrive in altro (specifico) registro anche la società "investigata" e procede all'accertamento degli illeciti (penale ed amministrativo) simultaneamente a carico di entrambi i soggetti inquisiti (quello fisico e quello giuridico).

Sia la "persona fisica" che la "società" dovranno nominare un difensore, e saranno loro garantiti gli stessi diritti e le stesse facoltà e si seguiranno le normali regole processuali penali nel corso dell'indagine preliminare, dell'udienza preliminare, durante il dibattimento in tribunale ed eventualmente nel processo d'appello.

In capo alla società grava dunque un titolo di responsabilità autonomo ancorché esso necessiti di un reato-presupposto posto in essere dai soggetti che vivono con la stessa un rapporto organico o dipendente.

Come può la società andare esonerata da responsabilità “amministrativa” per il fatto reato posto in essere dall’amministratore (anche di fatto) e/o dal dipendente?

La società (nell’interesse o a vantaggio della quale è stato realizzato il reato) che non ha adottato un proprio “modello di organizzazione e gestione” secondo quanto prescritto dal D. Lvo cit. prima della commissione del fatto reato non potrà mai andare esonerata da responsabilità. Opera in tali casi un regime di presunzione di colpevolezza “iuris et de iure”, cioè assoluta.

Essa potrà al più attenuare la propria responsabilità (e sarà ammessa al patteggiamento) solo adottando prima dell’apertura del dibattimento un idoneo modello di organizzazione e gestione in grado di prevenire la commissione di reati della specie di quello che si è realizzato, risarcendo integralmente il danno cagionato dal reato e mettendo a disposizione (per la confisca) il profitto realizzato dal reato.

La società non risponde invece se prova che:

- a) l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- 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 (il c.d. O.d.V.);
- c) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b);
- d) le persone di cui all’art. 5 lett. A) (organi apicali) hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- e) la commissione del reato (da parte dei soggetti di cui all’art. 5 lett. b) è stata resa possibile dalla inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

B) I modelli di organizzazione e di gestione

Il D. Lvo non dice specificamente come deve essere costituito un modello, dice semplicemente che: esso deve essere idoneo a prevenire la commissione dei reati indicati tassativamente dal D. Lvo stesso (di cui tratterò tra breve) e deve individuare le attività sociali nel cui ambito possono essere commessi reati; deve prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e la volontà della società in relazione ai reati da prevenire; deve individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; deve prevedere obblighi di informazione nei confronti dell’organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli; deve ancora nominare un Organismo di Vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; deve infine introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (!).

Lasciamo alla vostra sensibilità e competenza di valutare quale tipo di analisi dettagliata, sull’organigramma e sul funzionigramma aziendale, sulla raccolta di informazioni aziendali in ordine alla concreta gestione delle risorse finanziarie, sulla previsione di specifici protocolli operativi in relazione alle c.d. aree di rischio individuate, tutto ciò comporti in capo al redattore del modello, ma garantisco che se si riesce ad interpretare la normativa del D. Lvo 231/01 in senso positivo, il risultato non può tradire in termini di una maggiore trasparenza operativa e di una maggiore razionalizzazione della stessa attività aziendale.

C) Le sanzioni

Quelle previste per gli illeciti amministrativi derivanti da reato in capo alla società si distinguono in:

a) sanzioni pecuniarie (art. 10) che si calcolano per quote aventi valore unitario da 258 € e 1.549 € ed irraggiungibili in numero minimo e massimo da 100 a 1000 (dunque una sanzione da 25.822,00 € a 1.549.871,00 €);

b) sanzioni interdittive (artt. 13 e segg.) consistenti nell'interdizione dall'esercizio dell'attività, nella sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; nel divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione; nell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi ... e nell'eventuale revoca di quelli già concessi; nel divieto di pubblicizzare beni o servizi; (debbo precisare che esse si applicano solo ai reati per i quali sono previste e a certe condizioni, ma debbo altresì precisare che esse, ricorrendone i presupposti, possono anche essere applicate a titolo cautelare in corso cioè di processo, oltre che a titolo definitivo);

c) confisca (art. 19) con la sentenza di condanna (e comunque per addivenire ad un patteggiamento della pena) il giudice dispone sempre la confisca del prezzo o del profitto del reato salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato (alla P.A. ad es. che si costituisce parte civile nei confronti della persona fisica e dell'ente);

d) la pubblicazione della sentenza (art. 18) che non comporta magari in sé un significativo esborso economico, ma costituisce sicuramente presupposto di un ingente danno d'immagine.

Mi preme sottolineare, per la sua concreta rilevanza pratica, che le misure interdittive (e/o quelle alternative del commissariamento giudiziale che si applica laddove la interdizione comporti interruzione dell'attività dell'ente tale da provocare un grave pregiudizio alla collettività) possono essere evitate solo se l'ente prima della dichiarazione di apertura del dibattimento ha: 1) risarcito integralmente il danno, 2) adottato ed attuato il proprio modello d'organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; 3) messo a disposizione il profitto conseguito dalla commissione del reato al fine della confisca.

Ricordo che dette 3 condizioni debbono concorrere!

D) Quali sono i reati presupposti?

Dal 2001 data di entrata in vigore del D. Lvo cit. ad oggi una serie di provvedimenti legislativi integrativi hanno di molto ampliato il catalogo dei reati c.d. "sensibili" (cioè esclusivamente quelli tassativamente indicati).

Con riferimento alla specifica attività imprenditoriale della quale mi occupo in questa sede, rilevano come "area di rischio specifico":

- 1) il reato di malversazione a danno dello Stato e quelli di indebita percezione di erogazioni e di truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 24 I co. D. Lvo 231/01);
- 2) il reato di corruzione (art. 25 D. Lvo 231/01);
- 3) tutti i reati societari (ad eccezione della sola infedeltà patrimoniale di cui all'art. 2634 codice civile e della infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità di cui all'art. 2635 codice civile (art. 25 ter introdotto con D. Lvo 61/02);
- 4) alcuni reati "ordinari" (associazione per delinquere, riciclaggio, favoreggiamento, violazione delle disposizioni contro le immigrazioni clandestine...) se commessi a livello "transnazionale" (affinché ricorra tale caratteristica occorre che il reato a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato);
- 5) il reato di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo (art. 192 D. Lvo 152/06), sebbene non come reato sensibile: il richiamo normativo al D.Lvo 231/01 contenuto nell'art. 192, infatti, pone in capo alla persona giuridica una responsabilità solidale con quella dei propri amministratori o rappresentanti qua-

lora le condotte descritte siano ad essi imputabili; ne consegue che lo smaltimento rifiuti assurge ad area di rischio che, in quanto tale, sebbene non rilevante ai fini della responsabilità amministrativa/penale ex D.Lvo 231/01, deve essere valutata dal presente modello organizzativo e sottoposta a procedure di limitazione del rischio in limiti ragionevoli.

6)a questi vanno aggiunti, con decorrenza temporale e cioè con entrata in vigore dal 25.08.2007, i reati di omicidio colposo e lesioni colpose commessi in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

Qui corre l'obbligo di una riflessione ad alta voce:

se prima del 25.08.07 l'approvazione di un modello organizzativo poteva essere postposta ad altri incomben- ti più urgenti, oggi con l'estensione della responsabilità della società alle norme citate non si può più tergi- versare, l'adozione di un modello di organizzazione non è più un onere è di fatto un obbligo giuridico: basta pensare che alla dichiarazione di responsabilità dell'ente, che viene dichiarata con sentenza, insieme a quella della persona fisica coinvolta (datore di lavoro, dirigente, preposto, etc.) conseguono congiuntamente due sanzioni di spropositato rilievo:

a)in caso di lesioni colpose gravi si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote per un valore unitario non inferiore a € 258 e una sanzione interdittiva per una durata non superiore a sei mesi;

b)in caso di omicidio colposo si applica una sanzione pecuniaria non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote e una sanzione interdittiva non inferiore a tre mesi;

c)in caso di omicidio colposo commesso con violazioni dell'art. 55 comma 2° del D.Lvo 81 del 2008 si ap- plica una sanzione pecuniaria pari a 1000 quote e di una sanzione interdittiva non inferiore a tre mesi;

7)i reati di ricettazione, riciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita di cui agli artt. 648, 648bis 648 ter c.p., introdotti dalla normativa c.d. antiriciclaggio (D.Lvo 231/07);

8)i crimini informatici che comprendono (art. 24 bis D. Lvo 231/01):

a)le falsità nei documenti informatici;

b)i delitti di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici e di diffusione di apparecchiature, dispositivi o program- mi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico;

c)i delitti di intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche e di installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informati- che o telematiche;

d)i delitti di danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici e di danneggiamento di sistemi informatici o telematici.

A questi reati si aggiungeranno nel volgere di breve tempo quelli introdotti dai disegni di legge in attesa d'essere promulgati:

quello recante "disposizioni concernenti delitti contro l'ambiente" che introduce nuove figure di delitto (artt. 452 bis c.p. inquinamento ambientale; 452 ter danno ambientale, pericolo per la vita o l'incolumità perso- nale; 452 quater disastro ambientale; 452 quinquies alterazione del patrimonio naturale della flora e della fauna) ed estende alle persone giuridiche tali responsabilità prevedendo altresì una sanzione interdittiva della durata non inferiore ad un anno;

quello, attualmente in discussione alla Camera dei Deputati, che estende agli enti una serie di reati connessi alle attività proprie del crimine organizzato; si tratta, specificamente, dei delitti di cui agli articoli 416 c.p., 416 comma 6° c.p., 416 bis c.p., 416 ter c.p., 630 c.p., 74 D.p.r. 309/1990, 74 D.p.r. 309/1990.

Infine portiamo alla Vostra attenzione un interessante articolo pubblicato su una rivista specializzata in ma- teria di D. Lvo 231/01 che mi induce a far riflettere da ultimo sulle sicure convergenze tra la normativa che regola dal 01.01.2007 i contenuti degli accordi di Basilea 2 e quella che disciplina la responsabilità ammini- strativa degli enti.

E' certo infatti che le banche assoggettando a "rating" tutte le imprese che operano sul mercato valuteranno non solo il rischio collegato alla specifica singola operazione posta in essere, ma anche altri parametri (c.d. LGD. EAD.M) quali la reale consistenza patrimoniale e l'affidabilità dell'impresa alla quale si presta dena- ro.

Le imprese, tanto più quelle di piccole e medie dimensioni che non subiscono valutazioni da parte di società di rating c.d. esterne, si troveranno ad affrontare un giudizio di “meritevolezza” da parte delle banche che si estenderà ad una valutazione di affidabilità dell’impresa nel suo complesso e di tutti quei rischi giuridici a carico della stessa che possono alterare significativamente l’equilibrio sul quale si fonda il rapporto di accesso al credito banca-impresa: tra questi sicuramente i rischi connessi alle sanzioni sia amministrative, sia interdittive a carico degli enti.

E’ agevole supporre che l’affidamento di una banca verso la società colpita da sanzione interdittiva venga messo seriamente in discussione non essendo la società in grado di operare per il tempo corrispondente alla durata della sanzione stessa.

Condividendo il contenuto dell’articolo pubblicato, credo che la banca si indurrà a pretendere che la società beneficiaria si sia dotata di un proprio efficace modello di organizzazione e gestione che quel tipo di rischio è in grado, se non di annullare, quantomeno di attenuare fortemente.

Il legislatore, che interviene su più fronti, pare dunque aver creato tutte le premesse per far comprendere l’efficacia dirompente della disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche, anzi pare credere che questa sia la direzione giusta posto che sta continuando ad estenderne l’ambito applicativo.

Agli imprenditori oggi si fa carico di coglierne tempestivamente l’importanza e la improcrastinabilità degli interventi attuativi all’interno della propria attività d’impresa nella consapevolezza che il costo e il sacrificio dell’attuazione del proprio modello organizzativo sarà sempre inferiore al costo ed al sacrificio che l’incriminazione anche della società comporterebbe.