



dr. F. J. Schönweger
dr. Gottfried Maas
dr. Markus Stocker
dr. Klaus Stocker
dr. H. W. Wickertsheim

Circolare informativa: settore consulenza aziendale - tributaria

Responsabilità amministrativa delle società – D.Lgs 231/2001

Durante un incontro informativo tra dottori commercialisti e avvocati con il procuratore capo dott. Rispoli sono stati dibattuti gli aspetti salienti della normativa di cui al D. Lgs. n. 231/2001 (di seguito il materiale “didattico” messo a disposizione):

- u Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica;
- u “Societas delinquere potest”

Ambito soggettivo della responsabilità (art. 1)

- società commerciali con personalità giuridica ex art. 2331 c.c. (s.p.a., s.r.l.; s.a.p.A etc.) ed enti con personalità giuridica ex art. 12 c.c. (fondazioni, associazioni, etc.);
- società e associazioni prive di personalità giuridica (società di persone, consorzi, comitati, associazioni non riconosciute) purché dotate di una “consistenza organizzativa stabile”;
- enti pubblici *economici*
- Esclusi: Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (partiti e sindacati)
- esclusa la responsabilità di imprese individuali (Cass. 3.3.2004 n. 18941)
- società con sede all'estero che operino in Italia (Trib. Milano 27.4.2004, *F. it.* 2004, II, 434)

I reati presupposto

- il principio generale: l'ente risponde non per tutti i reati, ma soltanto per quelli per i quali la sua responsabilità è *espressamente prevista per legge* (artt. 24-25 *nonies* d.lgs. 231/2001, art. 10 l. 146/2006)
- in particolare:
 - indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 24)
 - corruzione e concussione (art. 25)
 - falsità in monete, carte di pubblico credito e valori di bollo (25-*bis*)
 - taluni reati societari (25-*ter*)
 - delitti con finalità di terrorismo o eversione (25-*quater*)
 - mutilazione organi genitali (25-*quater*.1)
 - tratta esseri umani, prostituzione e pornografia minorile (25-*quinquies*)
 - abusi di mercato (25-*sexies*)
 - Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione norme contro infortuni (26-*septies*)
 - riciclaggio (25-*octies*)
 - delitti informatici e trattamento illecito di dati (cfr. art. 24-*bis*)
 - delitti di criminalità organizzata (cfr. art. 24-*ter*)
 - taluni delitti contro l'industria e il commercio (25-*bis*1, intr. da l. 99/2009)
 - delitti in materia di diritto d'autore (25-*nonies* , intr. da l. 99/2009)
 - induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazione mendaci all'A.G. (art. 25-*novies* , intr. da l. 99/2009)
- l'ente risponde infine per i seguenti reati, ove commessi con carattere di *transnazionalità* (l. 146/2006):
 - associazione per delinquere (art. 416 c.p.);
 - associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.);
 - associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 quater d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43);
 - associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309);
 - riciclaggio (artt. 648 bis e 648 ter c.p.);
 - traffico di migranti (artt. 12 commi 3, 3 bis, 3ter e 5 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286);
 - intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.);
 - induzione a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377 bis c.p.);
 - favoreggiamento personale (art. 378 c.p.).

Le persone fisiche la cui condotta radica la responsabilità dell'ente (art. 5 c. 1 lett. a)

- Soggetti apicali:

–Persone che rivestono funzioni di:

1. rappresentanza;
2. amministrazione;
3. direzione

a) dell'ente;

b) di una sua unità organizzativa *dotata di autonomia finanziaria e funzionale*;

–Persone che esercitano, *anche di fatto*, la gestione e il controllo dello stesso

–non i sindaci!

Le persone fisiche la cui condotta radica la responsabilità dell'ente (art. 5 c. 1 lett. b)

• Soggetti subordinati:

–Persone sottoposte alla direzione o vigilanza dei soggetti apicali

I criteri *oggettivi* di ascrizione della responsabilità (art. 5 c. 1 e 2)

- L'ente è responsabile per i reati commessi *nel suo interesse* o a suo *vantaggio*;
- Non si tratta di unaendiadi; sono due concetti giuridicamente diversi (v. Cass. pen Sez. 2 sent. n. 3615/2005):
interesse → un concetto “a monte” di natura soggettiva e probabilistica da accertarsi “ex ante”;
vantaggio → un concetto “a valle” di natura oggettiva da accertarsi “ex post”;
- Esclusione della responsabilità dell'ente se la persona fisica ha agito *nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*;

I criteri *soggettivi* di ascrizione della responsabilità per gli apicali (art. 6)

- Per gli apicali opera la teoria della identificazione dell'ente con la persona fisica. La responsabilità dell'ente non è colposa (per difetto di organizzazione) ma autenticamente dolosa perché la persona fisica, proprio per la sua collocazione apicale, costituisce la mente e la mano dell'ente.
- Nel caso degli apicali il paradigma di colpevolezza dell'ente è costruito negativamente attraverso il ricorso ad una scusante con inversione dell'onere della prova

Condizioni di operatività della scusante per il reato commesso dall'apicale

- L'ente non risponde se prova (quindi onere della prova a carico dell'ente):
 - di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
 - di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento a un organismo interno dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (ODV);
 - che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione (non basta che l'elusione sia stata volontaria deve essere stata fraudolenta, connotata cioè da artifici e raggiri);
 - che non v'è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'ODV.

N.B.: La valutazione va fatta “ex ante” (il cd. “giudizio di prognosi postuma”) perché altrimenti si crea una sorta di “responsabilità oggettiva (se la valutazione avviene “ex post” c’è, infatti, il rischio che il fatto stesso della commissione del reato porti a decretare l’inefficacia del modello organizzativo attuato)

Modelli di organizzazione e gestione

- I modelli di organizzazione e gestione per venire “efficacemente” attuati ed essere “idonei” a prevenire reati della specie di quello verificatosi devono rispondere alle “esigenze” descritte nelle lettere da a) ad e) del comma 2 dell’art. 5.
- N.B.: Se l’ente non ha adottato modelli di organizzazione e gestione e/o non ha istituito un ODV può andare esente da responsabilità solo se prova che gli apicali hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi.

Criteri soggettivi di ascrizione della responsabilità per i subordinati (art. 7)

- Rispetto ai subordinati non vi è una identificazione dell’ente. La responsabilità dell’ente è di natura colposa. Può essere definita di “agevolazione colposa”. Deriva da un difetto di vigilanza e di controllo.
- Non si assiste ad alcuna inversione dell’onere della prova.
- E’ il P.M. a dover provare che la commissione del reato è stata resa possibile dall’“inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza”.
- In ogni caso è esclusa l’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l’ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 7 c. 2).
- I commi 3 e 4 dell’art. 7 descrivono, poi, i requisiti di idoneità ed efficacia del modello.

Effetto premiale dell’adozione di un modello organizzativo

- Riduzione della sanzione pecuniaria: art. 12 c. 2 lett. b) → “è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi”.
- *Non applicazione delle temute sanzioni interdittive*: art. 17 c. 1 lett. b) → “l’ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l’adozione e l’attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie”.

Autonomia della responsabilità dell’ente (art. 8)

- La responsabilità dell’ente sussiste anche quando:

a) l’autore del reato non è identificato o non è imputabile (sent. G.I.P. Trib BZ del 08.05.2008 proc. “Lurgi”);

b) il reato si estingue per una causa diversa dall’amnistia.

- La responsabilità dell'ente è *accessoria* a quella penale della persona fisica: l'ente risponde *per non avere impedito un reato*, completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, commesso dalla persona fisica (ancorché non identificabile o non punibile).
- Un *meccanismo estensivo della responsabilità* analogo a quello di cui all'art. 40 co. 2 c.p. "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*".
- L'assoluzione della persona fisica per insussistenza del fatto, o perché il fatto non costituisce reato, *esclude la responsabilità dell'ente* ex d.lgs. 231/01
- La regola del "*simultaneus processus*" (art. 38)

Le sanzioni e le misure cautelari

- Sanzioni pecuniarie e interdittive (art. 9).
- Le sanzioni interdittive applicate anche quali misure cautelari (art. 45 → gravi indizi + pericolo reiterazione).
- La confisca del profitto (art. 19):
 - obbligatoria
 - anche per equivalente
 - concetto di profitto (Cass. SS.UU 27.3.2009, n. 26654, Impregilo): al netto della *effettiva utilità* conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente
 - sequestro preventivo ai fini della confisca (art. 53)

Merano, agosto 2010