

**LA RESPONSABILITA'
AMMINISTRATIVA
DELLE SOCIETA'
ALLA LUCE DELLE
RECENTI
INNOVAZIONI DELLA
NORMATIVA**

Camozzi & Bonisconi
Studio Legale e Tributario

***LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE
SOCIETÀ ALLA LUCE DELLE RECENTI
INNOVAZIONI DELLA NORMATIVA***

MILANO, OTTOBRE 2002

Indice

1.	PRINCIPI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE E RECEPIMENTO NELLA NORMATIVA ITALIANA (ART. 11, LEGGE 3 OTTOBRE 2001, N. 300). IN PARTICOLARE: IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST	5
2.	LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE PERSONE GIURIDICHE (DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231)	8
3.	IL DECRETO LEGISLATIVO 11 APRILE 2002, N. 61, DI ATTUAZIONE DELL'ART. 11 DELLA LEGGE 3 OTTOBRE 2001, N. 366 SULLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO	14
4.	I MODELLI ORGANIZZATIVI PREVISTI DAL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231 (ARTT. 6 E 7): LE LINEE GUIDA DETTATE DA CONFINDUSTRIA E ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA.....	16
5.	CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE	38

1. PRINCIPI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI REPRESSIONE DELLA CORRUZIONE E RECEPIMENTO NELLA NORMATIVA ITALIANA (ART. 11, LEGGE 3 OTTOBRE 2001, N. 300). IN PARTICOLARE: IL SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

La legge 29 settembre 2000, n. 300 (“legge 300/2000”), in vigore dal 26 ottobre 2000, da un lato, concerne la ratifica ed esecuzione di alcuni atti internazionali elaborati in base all’art. 31 (ex K3) del Trattato sull’Unione Europea e, in particolare:

- la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, il suo primo Protocollo, fatto a Dublino il 27 settembre 1996, e il Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale della Convenzione medesima, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996;
- la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997; e
- la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997;

dall’altro lato, contiene la delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica (art. 11).

Le materie oggetto della legge 300/2000 sono strettamente consequenziali, trattandosi del recepimento, da parte dell’ordinamento italiano, dei principi da tempo internazionalmente accolti, di matrice statunitense, riguardanti la repressione della criminalità economica e, in particolare, della corruzione generata o favorita dall’impresa (*corporate bribery*), ormai giunta ad essere considerata come l’ambito all’interno del quale possono essere concepite e realizzate attività illecite di natura disparata (e ciò, maggiormente, con riferimento ai gruppi di società).

In particolare, specifiche previsioni in merito alla responsabilità degli enti sono contenute nel secondo Protocollo della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari comunitari e l’azione comune dell’Unione Europea contro la corruzione privata, che richiedono agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché le

persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili dei delitti di frode, riciclaggio, corruzione attiva ai danni degli interessi finanziari dell'Unione Europea e corruzione nel settore privato, con il conseguente assoggettamento a sanzioni effettive, di natura penale o amministrativa (o di altro genere).

La Convenzione OCSE, ora - come si è detto - legge in Italia, prevede, a sua volta, che “ogni Parte adotti le misure necessarie, conformemente ai suoi principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero“ (art. 2), e che, in tal caso, siano adottate sanzioni penali (o, qualora la responsabilità penale non sia applicabile alle persone giuridiche, sanzioni non penali, incluse le sanzioni pecuniarie) “efficaci, proporzionate e dissuasive” (art. 3).

Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa l'adozione di misure in materia di responsabilità delle imprese per i reati commessi nell'esercizio della loro attività è stata oggetto di raccomandazione agli Stati membri già a partire dal 1988.

Si sottolinea, a questo riguardo, che la strategia perseguita dalle istituzioni internazionali è quella di incidere sulle legislazioni nazionali al fine di ridurre l'incidenza del reato di corruzione, considerato come fenomeno distorsivo della libera concorrenza e competitività tra imprese operanti a livello globale.

Come si è detto, contestualmente alla ratifica delle suddette Convenzioni (con i principi ivi contenuti), la legge 300/2000 (art. 11) ha conferito la delega al Governo ad emanare, entro 8 mesi dalla sua entrata in vigore, un decreto legislativo avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa di persone giuridiche e società, associazioni o enti privi di personalità giuridica, che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale, in relazione alla commissione di reati contro la Pubblica Amministrazione, reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica, nonché in materia di tutela dell'ambiente e del territorio e di prevenzione degli infortuni sul lavoro, con la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive e, nei casi di particolare gravità, di una o più sanzioni aggiuntive, da applicarsi a seguito di un procedimento di accertamento della responsabilità condotto in base alle disposizioni del codice di procedura penale, i quanto compatibili, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del processo.

Si trattava, cioè, d'introdurre nell'ordinamento italiano un istituto del tutto innovativo che, per le possibili implicazioni penalistiche, era in contrasto con il

principio *societas delinquere non potest*, fortemente radicato nella cultura giuridica del nostro Paese, secondo il quale non è ammissibile una responsabilità penale delle persone giuridiche in virtù del principio costituzionale di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale.

Si è assistito, per contro, all'inefficacia dei sistemi sanzionatori sino ad oggi utilizzati nel nostro ordinamento per contrastare la criminalità d'impresa: l'obbligazione civile per il pagamento di multe e ammende (art. 197 c.p.), in caso d'insolvibilità del condannato, quindi, di natura sussidiaria e di solito non incidente sul patrimonio dell'impresa o sul profitto da essa conseguito in virtù del comportamento illecito; la confisca (art. 240 c.p.), di cui si discute l'applicabilità nei confronti della persona giuridica qualora il reato sia commesso da suoi rappresentanti, amministratori o dipendenti ovvero se questa possa ritenersi, a tali effetti, persona estranea al reato; la responsabilità solidale per il pagamento della sanzione pecuniaria nel caso di illeciti amministrativi commessi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, introdotta dall'art. 6, commi 3 e 4, della legge 24 novembre 1981, n. 689, recante modifiche al sistema penale ¹.

¹ Per un *excursus* normativo e dottrinale sul punto si veda Fontanella, Corruzione e superamento del principio *societas delinquere non potest* nel quadro internazionale, in "Diritto del commercio internazionale", 2000, n. 14.4, pag. 967 e segg..

2. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE PERSONE GIURIDICHE (DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231)

In attuazione della delega di cui all'art. 11 della legge 300/2001, si è giunti, pertanto, all'adozione del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ("d. lgs. 231/2001"), in vigore dal 4 luglio 2001, contenente la disciplina della responsabilità degli enti (persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica), per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Ai sensi del d. lgs. 231/2001, fatta salva l'applicazione di principi generali, quali quello di legalità (art.2) e di successione delle leggi nel tempo (art. 3), la responsabilità dell'ente è affermata in relazione ai reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dell'ente stesso (cosiddetti "soggetti in posizione apicale"), ovvero, da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno di tali soggetti, mentre non risponde nel caso in cui l'autore del reato ha agito nell'interesse proprio o di terzi (art. 5).

Per quanto riguarda i reati commessi dai soggetti in posizione apicale (art. 6), la responsabilità dell'ente è esclusa in alcune ipotesi (art. 6, comma 1):

- a) qualora l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi ²;
- b) qualora il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento sia stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) qualora le persone abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) qualora non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Anche nel caso di reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione, la responsabilità dell'ente per inosservanza degli obblighi di vigilanza è esclusa qualora,

² Modelli dei quali si dirà, *infra*.

prima della commissione del reato, sia stato adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 7, comma 2).

E', inoltre, sancita l'autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8), che sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, ovvero, quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

All'affermazione della responsabilità consegue l'applicazione delle sanzioni previste per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato (art. 9, comma 1), ovvero:

- a) la sanzione pecuniaria;
 - b) le sanzioni interdittive;
 - c) la confisca;
 - d) la pubblicazione della sentenza.
- a) Una particolarità della sanzione pecuniaria, sempre prevista in caso di illeciti amministrativi dipendenti da reato, è che essa viene applicata per quote, in un numero non inferiore a cento né superiore a mille. L'importo di una quota è stabilito in un minimo di lire cinquecentomila e fino ad un massimo di lire tre milioni, mentre non è ammesso il pagamento in misura ridotta (art. 10).
- I criteri per la commisurazione della sanzione pecuniaria, cioè, della determinazione del numero delle quote (art. 11) sono gli stessi previsti in ambito penalistico (gravità del fatto, grado della responsabilità dell'ente, attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti) mentre l'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione.
- b) Vera novità del d. lgs. 231/2001 è la previsione di sanzioni interdittive a carico dell'ente (art. 9, comma 2), che sono:
- l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
 - la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
 - il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;

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

Le sanzioni interdittive si applicano per un periodo minimo di tre mesi fino ad un massimo di due anni, a condizione che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione e sia stato, in questo caso, determinato o agevolato da gravi carenze organizzative, o in caso di reiterazione degli illeciti (art. 13).

Se necessario, le sanzioni interdittive possono essere applicate congiuntamente tra loro.

E' quindi il giudice che, tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso, ne determina il tipo e la durata delle stesse che, come si è detto, possono giungere persino al blocco totale dell'attività (art. 14).

In particolare, l'interdizione dall'esercizio dell'attività comporta sempre la sospensione o la revoca delle relative autorizzazioni, licenze o concessioni.

Peraltro, essa si applica soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulti inadeguata.

Sussistendone i presupposti, il giudice può disporre, in alternativa, la nomina di un commissario giudiziale, determinandone i compiti e i poteri, cui affidare la prosecuzione dell'attività dell'ente, per un periodo pari alla durata della sanzione interdittiva, a condizione che l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione possa provocare un grave pregiudizio alla collettività; ovvero, che l'interruzione dell'attività dell'ente possa provare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione (art. 15).

Sempre a condizione che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e che sia già stato condannato almeno per tre volte negli ultimi sette anni all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività, può essere disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività (art. 16), ciò che avviene sempre nel caso in cui l'ente o una sua unità organizzativa venga stabilmente

utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità.

Parimenti in via definitiva può applicarsi all'ente la sanzione del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione ovvero del divieto di pubblicizzare beni o servizi quando l'ente medesimo sia già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

Le sanzioni interdittive non si applicano, infine, in caso di riparazione delle conseguenze del reato, prima dell'inizio del dibattimento, mediante risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, eliminazione delle carenze organizzative a seguito dell'adozione e attuazione di idonei modelli organizzativi e messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17).

- c) La pubblicazione della sentenza di condanna può essere disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva ed è effettuata, a spese dell'ente, per estratto o per intero, in uno o più giornali indicati dal giudice nella sentenza nonché mediante affissione nel comune ove l'ente ha la sede principale (art. 18).
- d) Con la sentenza di condanna è sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Quando ciò non sia possibile, la confisca può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato (art. 19).

Il d. lgs. 231/2001 (artt. 24-26) introduce quindi uno specifico regime di responsabilità amministrativa per i reati previsti dal codice penale³. Esso è il seguente:

- per i delitti di 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 (artt. 316-bis, 316-ter, 640, comma 2, n.1, 640-bis e 640-ter c.p.): sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote (se profitto di rilevante entità o danno di particolare gravità: sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote); sanzioni interdittive: divieto

³ Ora denominata "responsabilità amministrativa da reato", vedi *infra*.

di contrattare con la Pubblica Amministrazione; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

- per i delitti di concussione e corruzione (artt. 318, 321 e 322, commi 1 e 3, c.p.): sanzione pecuniaria fino a duecento quote; (artt. 319, 319-ter, comma 1, 321, e 322, commi 2 e 4, c.p.): sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote e sanzioni interdittive (tutte) per una durata non inferiore a un anno; (artt. 317, 319, se profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, e 321 c.p.): sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote e sanzioni interdittive (tutte) per una durata non inferiore a un anno;
- per i delitti di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo (art. 453 c.p.): sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote e sanzioni interdittive (tutte) per una durata non superiore a un anno; (artt. 454, 460 e 461 c.p.): sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote e sanzioni interdittive (tutte) per una durata non superiore a un anno; (art. 455 c.p.) sanzioni pecuniarie stabilite in relazione all'art. 453 e all'art. 454 c.p., ridotte da un terzo alla metà, e sanzioni interdittive (tutte) per una durata non superiore a un anno; (artt. 457 e 464, comma 2, c.p.): sanzione pecuniaria fino a duecento quote; (art. 459 c.p.): sanzioni pecuniarie stabilite in relazione all'art. 453, all'art. 455 e agli artt. 457 e 464 c.p., ridotte di un terzo e sanzioni interdittive (tutte) per una durata non superiore a un anno; (art. 464, comma 1, c.p.): sanzione pecuniaria fino a trecento quote;
- delitti tentati: le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei suddetti delitti; in ogni caso, l'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento.

E', inoltre, espressamente affermato nel d. lgs. 231/2001 (art. 27, comma 1) il principio della responsabilità patrimoniale dell'ente per l'obbligazione di pagamento delle sanzioni pecuniarie previste per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Da ultimo, con riguardo al procedimento di accertamento di tali illeciti e di applicazione delle sanzioni per essi previste, il d. lgs. 231/2001 (art. 34) rinvia alle disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 ("Norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura

penale”). In quanto compatibili, inoltre, si afferma l’applicabilità all’ente delle disposizioni processuali relative all’imputato (art. 35).

La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell’ente, pertanto, è attribuita al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono (art. 36, comma 1), con il conseguente richiamo alle relative disposizioni processuali ad essi collegate nonché alla regolamentazione specifica di istituti propri del diritto penale sostanziale e processuale (quali prove, misure cautelari, indagini preliminari e udienza preliminare, vicende del procedimento e giudizio, procedimenti speciali, impugnazione ed esecuzione).

3. IL DECRETO LEGISLATIVO 11 APRILE 2002, N. 61, DI ATTUAZIONE DELL'ART. 11 DELLA LEGGE 3 OTTOBRE 2001, N. 366 SULLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

L'art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366 ("Delega al governo per la riforma del diritto societario") dettava i principi e criteri direttivi per la riforma della disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, in attuazione del quale si è giunti all'adozione del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61, in vigore dal 16 aprile 2002 ("d. lgs. 61/2002").

Il d. lgs. 61/2002 (art. 3), in particolare, ha anche sostituito la rubrica del d. lgs. 231/2001 intitolata alla responsabilità amministrativa per i reati previsti dal codice penale (ora "Responsabilità amministrativa da reato") e ha inserito il nuovo art. 25-ter relativo ai reati societari previsti dal codice civile (a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di riforma).

Pertanto, in relazione ai reati in materia societaria, se commessi nell'interesse della società da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si sarebbe realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, sono previste a carico dell'ente le seguenti (sole) sanzioni pecuniarie:

- per la contravvenzione di false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centocinquanta quote;
- per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, comma 1, c.c.): sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;
- per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, comma 3, c.c.): sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;
- per la contravvenzione di falso in prospetto (art. 2623, comma 1, c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;
- per il delitto di falso in prospetto (art. 2623, comma 2, c.c.): sanzione pecuniaria da duecento a trecentotrenta quote;

- per la contravvenzione di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624, comma 1, c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;
- per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione (art. 2624, comma 2, c.c.): sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;
- per il delitto di impedito controllo (art. 2625, comma 2, c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;
- per il delitto di formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;
- per il delitto di indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;
- per la contravvenzione di illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.): sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;
- per il delitto di illecite operazione sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.): sanzione pecuniaria cento a centottanta quote;
- per il delitto di operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.): sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;
- per il delitto di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.): sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;
- per il delitto di illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.): sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;
- per il delitto di aggio (art. 2637 c.c.): sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote;
- per il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638, commi 1 e 2, c.c.): sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote.

In ogni caso, infine, se l'ente ha conseguito, in seguito alla commissione dei suddetti reati, un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo.

4. I MODELLI ORGANIZZATIVI PREVISTI DAL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231 (ARTT. 6 E 7): LE LINEE GUIDA DETTATE DA CONFINDUSTRIA E ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA

Come già si è accennato *supra*, conformemente al d. lgs. 231/2001, in caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale, l'ente non risponde se dimostra che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, cosiddetti "modelli di organizzazione e di gestione" idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6, comma 1, lettera a). Inoltre, deve essere stato affidato ad un organo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento.

Viene quindi specificato (art. 6, comma 2) che detti modelli devono rispondere alle seguenti esigenze:

- 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.

I previsti modelli di organizzazione e di gestione possano essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati (art. 6, comma 3).

In caso di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione, invece, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione e 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, comma 2).

Detto modello deve predisporre, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio (art. 7, comma 3).

Per un'efficace attuazione del modello, infine, deve essere prevista una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle sue prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività, oltre ad un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (art. 7, comma 4).

Conformemente alle previsioni del d. lgs. 231/2001⁴, il Gruppo di lavoro sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di Confindustria ha adottato, nel marzo 2002, le linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, allo scopo di offrire un aiuto concreto a imprese ed associazioni.

Detto documento, in particolare, si articola in quattro sezioni così denominate: I) Individuazione dei rischi e protocolli; II) Codice etico con riferimento ai reati ex d. lgs. 231/2001 e sistema disciplinare; III) L'organismo di vigilanza; IV) Modelli organizzativi e soglie dimensionali: una chiave di lettura per le piccole imprese; infine, un'appendice contenente i *case study* dei principali reati in materia societaria previsti dal codice penale, con un accenno a quelli oggetto della nuova normativa.

I) Individuazione dei rischi e protocolli.

Secondo le linee guida di Confindustria, i modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dal d. lgs. 231/2001 altro non costituirebbero, nonostante l'utilizzo di una terminologia estranea alla pratica aziendale, che un tipico sistema di gestione dei rischi (o *risk management*).

Come già accenno⁵, le due fasi principali di un tale sistema sono le seguenti:

- a) l'identificazione dei rischi, ossia l'analisi del contesto aziendale per evidenziare in quale settore di attività e secondo quali modalità si possono verificare eventi pregiudizievoli per gli obiettivi indicati nel d. lgs. 321/2001;

⁴ Cfr. art. 6, comma 3.

⁵ Cfr. art. 6, comma 2, lettere a) e b).

- b) la progettazione del sistema di controllo (c.d. protocolli per la programmazione della formazione ed attuazione delle decisioni dell'ente): ossia la valutazione del sistema esistente all'interno dell'ente ed il suo eventuale adeguamento, in termini di capacità di contrastare efficacemente, cioè ridurre ad un livello accettabile, tali rischi.

Il sistema così delineato, per operare efficacemente, deve applicarsi con una periodicità adeguata ed essere reiterato con particolare attenzione nel corso delle diverse vicende aziendali (apertura di nuove sedi, ampliamento di attività, acquisizioni, riorganizzazioni, ecc.).

Premessa necessaria per la costruzione di un sistema di controllo preventivo è la definizione di “rischio accettabile” che, in relazione alle fattispecie di reato contemplate dal d. lgs. 231/2001, è rappresentato dalla possibilità che il sistema di prevenzione non venga aggirato se non intenzionalmente⁶.

Esso, pertanto, deve essere in grado di:

- escludere che un qualunque soggetto operante all'interno dell'ente possa giustificare la propria condotta adducendo l'ignoranza delle direttive aziendali;
- evitare che, nella normalità dei casi, il reato possa essere causato dall'errore umano (dovuto anche a negligenza o imperizia) nella valutazione delle direttive aziendali.

Sono quindi illustrati i passi operativi per la realizzazione di un sistema di gestione del rischio, che si concretano i) nell'inventariazione degli ambiti aziendali di attività ed individuazione delle aree aziendali a rischio; ii) nell'analisi dei rischi potenziali e conseguente individuazione delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle aree a rischio; iii) nella valutazione, costruzione o adeguamento del sistema di controlli preventivi, eventualmente esistente, e conseguente descrizione del sistema di controlli preventivi attivato, con dettaglio delle singole componenti nonché degli adeguamenti necessari.

Pertanto, le componenti (i protocolli) di un sistema di controllo preventivo che si ritiene di dover attuare a livello aziendale per garantire l'efficacia del modello sono le seguenti:

- codice etico di comportamento con riferimento ai reati considerati;

⁶ Cfr. art. 6, comma 1, lettera c).

- sistema organizzativo sufficientemente formalizzato e chiaro (soprattutto per quanto attiene all'attribuzione di responsabilità, alle linee di dipendenza gerarchica e alla descrizione dei compiti, con la specifica previsione di principi di controllo), con particolare attenzione ai sistemi premianti dei dipendenti;
- procedure manuali ed informatiche (sistemi informativi) adeguate per regolamentare lo svolgimento dell'attività prevedendo le opportune forme di controllo, quale la separazione di compiti fra coloro che svolgono attività cruciali di un processo a rischio;
- poteri autorizzativi e di firma assegnati coerentemente alle responsabilità organizzative e gestionali definite, con l'indicazione delle soglie di approvazione delle spese;
- sistema di controllo di gestione efficace, con la definizione di opportuni indicatori,
- comunicazione al personale (con riferimento al codice etico ma anche agli altri strumenti, quali i poteri autorizzativi, le linee di dipendenza gerarchica, le procedure, i flussi di informazione) e sua formazione.

Alle componenti sopra descritte, come si è detto, sono applicabili una serie di principi di controllo, che si possono sintetizzare come segue:

- ogni operazione, transazione e azione deve essere verificabile, documentata, coerente e congrua;
- nessuno può gestire in autonomia un intero processo e, pertanto, i) il sistema deve garantire l'applicazione del principio di separazione delle funzioni, ii) a nessuno devono essere attribuiti poteri illimitati, iii) i poteri e le responsabilità devono essere chiaramente definiti e conosciuti all'interno dell'ente, iv) i poteri autorizzativi e di firma devono essere coerenti con le responsabilità organizzative assegnate;
- il sistema deve documentare (eventualmente attraverso la redazione di verbali) l'effettuazione di controlli, anche di supervisione.

II) Codice etico con riferimento ai reati ex d. lgs. 231/2001 e sistema disciplinare.

L'adozione di principi etici rilevanti ai fini della prevenzione dei reati ex d. lgs. 231/2001 costituisce un elemento essenziale del sistema di controllo preventivo.

Le linee guida di Confindustria tratteggiano una serie di regole comportamentali alle quali devono attenersi i destinatari nei loro rapporti con alcuni interlocutori quali, in particolare, i funzionari della Pubblica Amministrazione, sia italiana che straniera, e i dipendenti pubblici, che rappresentano il contenuto minimo, non vincolante, di un più ampio codice etico dell'ente, eventualmente esistente, in relazione al dettato del d. lgs. 231/2001.

Si illustrano di seguito i principi etici indicati da Confindustria:

- l'ente ha come principio imprescindibile il rispetto di leggi e regolamenti vigenti in tutti i Paesi in cui esso opera;
- ogni operazione e transazione deve essere correttamente registrata, autorizzata, verificabile, legittima, coerente e congrua;
- qualsiasi violazione (effettiva o potenziale) commessa dall'ente o da terzi deve essere segnalata tempestivamente alle funzioni competenti;
- l'ente può contribuire al finanziamento di partiti politici, comitati, organizzazioni pubbliche o candidati politici purché nel rispetto delle normative vigenti;

relativamente ai rapporti con gli interlocutori dell'ente:

- non è consentito offrire denaro o doni a dirigenti, funzionari o dipendenti della Pubblica Amministrazione o a loro parenti, sia italiani che di altri Paesi, salvo che si tratti di doni o utilità d'uso di modico valore;
- non è consentito offrire o accettare qualsiasi oggetto, servizio, prestazione o favore di valore per ottenere un trattamento più favorevole in relazione a qualsiasi rapporto intrattenuto con la Pubblica Amministrazione;
- nel corso di qualsiasi trattativa d'affari, richiesta o rapporto con la Pubblica Amministrazione, il personale dell'ente non deve cercare d'influenzare impropriamente le decisioni della controparte, comprese quelle dei funzionari che trattano o prendono decisioni per conto della Pubblica Amministrazione; inoltre, non è consentito esaminare o proporre opportunità d'impiego e/o commerciali che possano avvantaggiare dipendenti della Pubblica Amministrazione a titolo personale; offrire o in alcun modo fornire omaggi; sollecitare o ottenere informazioni riservate che possano compromettere l'integrità o la reputazione di entrambe le parti; infine, possono sussistere divieti di assumere, alle dipendenze dell'ente, ex impiegati della Pubblica

Amministrazione (o loro parenti) che abbiano partecipato personalmente e attivamente alla trattativa privata;

- nel caso specifico dell'effettuazione di una gara con la Pubblica Amministrazione si dovrà operare nel rispetto della legge e della corretta pratica commerciale.

Un punto qualificante nella costruzione del modello è costituito dalla previsione di un adeguato sistema disciplinare e sanzionatorio per la violazione delle norme del codice etico nonché delle procedure previste dal modello stesso, la cui valutazione è rimessa ai datori di lavoro.

Ciò detto, nel caso di rapporto di lavoro subordinato, qualsiasi provvedimento sanzionatorio deve rispettare le procedure previste dall'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300 ("Statuto dei lavoratori") e/o da normative speciali, ove applicabili, caratterizzato, oltre che dal principio di tipicità delle violazioni, anche dal principio di tipicità delle sanzioni (pertanto, potranno applicarsi misure quali l'adibire il dipendente ad altra area aziendale, purché ciò non comporti il suo demansionamento, o trasferire il medesimo, purché espressamente previsto dalla contrattazione collettiva e dai codici disciplinari adottati a livello aziendale).

Il codice etico e le procedure il cui mancato rispetto s'intende sanzionare devono essere espressamente inseriti nel regolamento disciplinare aziendale, se esistente, o comunque formalmente dichiarati vincolanti per tutti i dipendenti nonché esposti, come previsto dall'art. 7, comma 1, dello Statuto dei lavoratori, "*mediante affissione in luogo accessibile a tutti*".

Qualora la violazione del codice etico sia, invece, posta in essere da un lavoratore autonomo, fornitore o altro soggetto aventi rapporti contrattuali con l'impresa, potrà essere prevista la risoluzione del contratto (mediante l'inserimento di clausole risolutive espresse che facciano esplicito riferimento al rispetto delle disposizioni del codice etico).

III) L'organismo di vigilanza.

Come si è detto, ulteriore presupposto ai fini dell'esonero dalla responsabilità dell'ente è l'aver affidato ad un organismo dello stesso ente, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello nonché di curarne l'aggiornamento.

Inoltre, l'efficace attuazione del modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua verifica periodica, evidentemente da parte dell'organismo a ciò deputato.

Le linee guida di Confindustria, pertanto, indicano i criteri per l'individuazione dell'organismo di vigilanza sulla base dei compiti ad esso affidati dalla legge e dei requisiti richiesti per l'efficace svolgimento della funzione.

Per quanto riguarda i compiti che l'organismo è chiamato a svolgere, essi consistono in:

- verifica dell'adeguatezza e vigilanza sull'effettività del modello;
- analisi sul mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- cura del necessario aggiornamento del modello, mediante presentazione di proposte di adeguamento agli organi/funzioni aziendali competenti (Personale e Organizzazione, Amministrazione, Consiglio di Amministrazione, ecc.) e follow-up della concreta attuazione delle soluzioni proposte.

La natura specialistica, prevalentemente di controllo, dell'attività dell'organismo, che presuppone una continuità di azione elevata, unita all'indicazione, contenuta nella Relazione di accompagnamento al d. lgs. 231/2001 che lo definisce “...una struttura che deve essere costituita al suo (dell'ente) interno...”, inducono ad escludere - secondo Confindustria - il riferimento al Consiglio di Amministrazione che, tra le sue attribuzioni ha pure, ai sensi della nuova normativa, quella relativa all'istituzione dell'organismo.

Lo stesso dicasi con riguardo al collegio sindacale (mancanza di struttura interna e continuità d'azione).

I principali requisiti dell'organismo appaiono quindi essere i seguenti:

- autonomia ed indipendenza (mediante l'inserimento nell'ente in un'elevata posizione gerarchica e la non attribuzione di compiti operativi);
- professionalità (ovvero, la conoscenza di tecniche specialistiche quali, a titolo esemplificativo, il campionamento statistico, le tecniche di analisi e valutazione dei rischi, le misure per il loro contenimento, il *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza, le tecniche di intervista e di elaborazione dei questionari, le metodologie per l'individuazione di frodi);

- continuità di azione (con svolgimento in via esclusiva e a tempo pieno dell'attività di vigilanza sul modello).

Il documento di Confindustria esamina, inoltre, la possibilità dell'utilizzo di funzioni/strutture aziendali di controllo già esistenti al fine di svolgere le funzioni affidate all'organismo di vigilanza.

Tale soluzione è ritenuta sconsigliabile, in quanto le funzioni suindicate (Personale e Organizzazione, Amministrazione e controlli gestionali, Legale) mancano delle figure professionali in possesso delle tecniche specialistiche richieste e potrebbero, inoltre, difettare dell'indispensabile requisito dell'indipendenza e obiettività di giudizio.

In alternativa, vi è la possibilità di istituire una struttura *ad hoc* cui affidare i compiti previsti dalla legge.

Tuttavia, soprattutto negli enti di dimensioni medio-grandi, quotati e non, il più delle volte esiste già una funzione di vigilanza sul complessivo sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (del quale, come si è visto, il modello è parte funzione di *Internal Auditing* o Revisione Interna), anche a seguito dei sempre più frequenti riferimenti normativi o regolamentari da parte del legislatore italiano o di Autorità di vigilanza (ad esempio, con riguardo a banche, intermediari autorizzati, società di gestione del risparmio e SICAV).

La funzione di Revisione Interna, cui già oggi è attribuito – oltre al compito di effettuare indagini di carattere ispettivo – anche controlli atti ad evitare il rischio di infrazioni alle leggi in vigore (sulla sicurezza, sulla protezione dell'ambiente, sulla *privacy*, ecc.), se ben posizionata e dotata di risorse adeguate, è ritenuta idonea a fungere da organismo ex d. lgs. 231/2001.

Peraltro, nei numerosi casi in cui non sia attualmente prevista la funzione di Revisione Interna, anche all'interno di società di dimensioni rilevanti, fatta salva la necessità di demandare ad un organo interno i compiti previsti dal d. lgs. 231/2001⁷, detto organo, cui sarà comunque riferibile la responsabilità della vigilanza sul funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento dei modelli, potrà avvalersi delle specifiche professionalità di consulenti esterni per l'esecuzione delle operazioni tecniche necessarie per lo svolgimento della funzione di controllo, con l'obbligo, tuttavia per i consulenti di riferire sempre i risultati del loro operato all'organo interno.

⁷ Cfr. art. 6, comma 1, lettera b).

Il d. lgs. 231/2001⁸ prevede specifici obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza.

Secondo l'interpretazione di Confindustria, tale obbligo è rivolto alle funzioni aziendali a rischio reato e riguarda: a) le risultanze periodiche dell'attività di controllo dalle stesse poste in essere per dare attuazione ai modelli (quali *report* riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi); b) le anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili.

Pertanto, le informazioni potranno riguardare, nella specie:

- le decisioni relative alla richiesta, erogazione ed utilizzo di finanziamenti pubblici;
- le richieste di assistenza legale da parte di dirigenti e/o dipendenti nei confronti dei quali è avviato un procedimento per uno dei reati previsti dalla nuova normativa;
- i provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria o da qualsiasi altra autorità, che riguardino lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per i reati previsti dalla nuova normativa;
- le commissioni di inchiesta o relazioni interne dalle quali emergano ipotesi di responsabilità per le ipotesi di reato previste dalla nuova normativa;
- le notizie relative all'effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, dei modelli organizzativi adottati, con evidenza dei procedimenti disciplinari svolti e delle eventuali sanzioni irrogate ovvero dei provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni;
- i prospetti riepilogativi degli appalti affidati in seguito a gare a livello nazionale o europeo, ovvero a trattativa privata;
- le notizie relative a commesse attribuite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità.

Le informazioni fornite all'organismo di vigilanza hanno lo scopo di consentire un miglioramento delle attività di pianificazione dei controlli, senza alcun obbligo di verifica immediata, da parte di quest'ultimo, essendo rimesso alla sua discrezionalità e responsabilità di stabilire in quali casi attivarsi.

Infine, anche con riguardo alle esperienze straniere, in particolare statunitense (*Federal Sentencing Guidelines* e relative *Compliance Programs*), si ritiene che

⁸ Cfr. art. 6, comma 1, lettera d).

l'obbligo di informazione dovrà essere esteso ai dipendenti che vengano in possesso di notizie relative alla commissione dei reati di specie all'interno dell'ente o a pratiche contrastanti con le norme comportamentali contenute nel codice etico adottato dall'ente medesimo, realizzando così un sistema di *reporting* di fatti e/o comportamenti che consente al personale di riferire casi di violazione di norme da parte di altri senza timore di ritorsioni.

In questo senso, l'organismo di vigilanza assume anche le caratteristiche di *Ethic Officer*, senza attribuirgli, peraltro, poteri disciplinari, che dovranno essere più opportunamente allocati in un apposito comitato o, nei casi più delicati, all'interno del Consiglio di Amministrazione.

Il documento di Confindustria esamina, infine, le complesse problematiche che l'applicazione del d. lgs. 231/2001 può presentare nei gruppi di imprese.

In tale ambito, infatti, alcune funzioni (acquisti, gestione amministrativo-contabile, finanza e, generalmente, anche la revisione interna, soprattutto nei gruppi con controllate non quotate o di medio-piccole dimensioni), tendono spesso ad essere centralizzate presso la capogruppo.

Secondo Confindustria, peraltro, soluzioni organizzative di questo genere possono considerarsi valide anche con riferimento ai compiti di vigilanza sul modello posti dal d. lgs. 231/2001, a condizione che:

- in ogni società controllata sia istituito l'organismo ex art. 6, comma 1, lettera b, con tutte le relative attribuzioni, fatta salva la possibilità che questa funzione sia svolta direttamente dall'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, come espressamente previsto dalla nuova normativa (art. 6, comma 4);
- l'organismo della controllata si avvalga, nell'espletamento dei suoi compiti di vigilanza, delle risorse allocate presso l'analogo organismo della capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa;
- i dipendenti dell'organismo della capogruppo, nella effettuazione dei controlli presso le società del gruppo, assumano nella sostanza le vesti di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

Una soluzione organizzativa di questo tipo potrebbe, invece, risultare inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il TUIF già prevede l'esistenza del preposto ai controlli interni) o di grandi dimensioni; ciò a causa della complessità in queste realtà del modello previsto dal d. lgs. 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza.

Infine, un cenno specifico è fatto ai gruppi di imprese c.d. multinazionali, nei quali la capogruppo sia una società di diritto straniero, costituite ed operanti sul territorio italiano e quindi soggetti alla normativa del d. lgs. 231/2001; in essi, peraltro, le affiliate possono a volte essere esse stesse capogruppo in Italia (in quanto siano previsti, ad esempio, gruppi societari anche a livello nazionale per specifici settori di *business*).

Tali gruppi, specie se di matrice statunitense, sono già da tempo tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera.

Pertanto, il modello già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere che risponda ai requisiti previsti dal d. lgs. 231/2001 può ritenersi valido.

Si discute, infine, sui profili penali della responsabilità dell'organismo di controllo in caso di commissione di illeciti da parte dell'ente a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del modello, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p..

A tale riguardo, sottolinea il documento di Confindustria, l'obbligo di vigilanza non comporta di per sé l'obbligo di impedire l'azione illecita .

Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'organo di controllo sembra, dunque, evincersi che i compiti ad esso devoluti non siano relativi alla repressione dei reati ma al funzionamento e all'osservanza del modello, curandone altresì l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento.

IV) Modelli organizzativi e soglie dimensionali: una chiave di lettura per le piccole imprese.

Confindustria fornisce in seguito un'interpretazione delle suesposte linee guida specificamente dedicata alle piccole imprese.

In particolare, con riferimento all'individuazione dei rischi e protocolli, da parte degli enti di più piccole dimensioni, dovrà tenersi in considerazione quanto segue:

- la complessità dell'analisi, in termini di numero ed articolazione delle funzioni aziendali interessate e di casistiche di illecito aventi potenziale rilevanza per l'ambito di attività;
- le modalità operative di conduzione dell'attività di gestione dei rischi, che potrà essere svolta, dall'organo dirigente, non con il supporto di funzioni interne aziendali, bensì eventualmente con apporti professionali esterni;
- l'articolazione dei controlli preventivi, per la quale questi enti potranno utilizzare soltanto alcuni dei protocolli indicati, eventualmente anche in forme semplificate.

La predisposizione e l'adozione di un codice etico contenente i principi rilevanti ex d. lgs. 231/2001, cui l'ente dovrà uniformarsi, non desta particolari preoccupazioni e difficoltà di adattamento alle imprese di piccole dimensioni.

Pertanto, i contenuti minimi già illustrati (consistenti essenzialmente nel rispetto delle norme vigenti, nel monitoraggio di ogni operazione effettuata e nell'espressione di una serie di principi ai quali dovrà essere improntata l'attività dell'ente nei suoi rapporti commerciali con i soggetti rilevanti), sono da considerarsi di applicazione generalizzata e dovranno essere recepiti anche dalle piccole imprese.

Parimenti, la configurazione del sistema disciplinare e dei meccanismi sanzionatori non presenta profili diversi da quelli suesposti.

La realtà delle piccole imprese presenta specificità proprie, invece, in relazione all'organismo di vigilanza.

Per tali enti che, solitamente, non dispongono di una funzione (o persona) con compiti di monitoraggio del sistema di controllo interno, vista la complessità e l'onerosità del modello indicato nel d. lgs. 231/2001, l'onere di dotarsi di un organismo *ad hoc* potrebbe non essere economicamente sostenibile.

A questo proposito, il d.lgs. 231/2001 (art. 6, comma 4) ha previsto la facoltà dell'organo dirigente di svolgere direttamente i compiti indicati, anche avvalendosi di professionisti esterni ai quali affidare l'incarico di effettuare verifiche periodiche sull'effettività e sul rispetto del modello, svolgendo tutte le relative attività di carattere tecnico e fermo restando l'obbligo dei suddetti professionisti di riferire all'organo dell'ente.

L'affidamento di un incarico di questo tipo, infatti, non fa venir meno la responsabilità dell'organo dell'ente in ordine alla funzione di vigilanza ad esso conferita dalla legge.

Qualora, poi, l'organo dirigente ritenga di non avvalersi di tale supporto esterno e svolgere personalmente l'attività di verifica, è opportuno – secondo Confindustria – che sia predisposta, in via cautelativa nei confronti dell'autorità giudiziaria eventualmente chiamata a valutare l'efficacia del modello e dell'azione di vigilanza, la stesura di un verbale delle attività di controllo svolte, controfirmato dall'ufficio o dal dipendente sottoposto alle verifiche.

Nell'ottobre 2002 Confindustria ha adottato un nuovo documento come appendice integrativa alle linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d. lgs. 231/2001, con riferimento ai reati previsti con l'art. 25-ter, introdotti dal d. lgs. 61/2002 (vedi, *supra*, al punto 3).

Da ciò è derivata l'esigenza, da un lato, di approntare specifiche misure organizzative e procedurali - nell'ambito del modello già delineato delle linee guida per i reati contro la Pubblica Amministrazione – atte a fornire ragionevole garanzia di prevenzione di questa tipologia di reati; dall'altro, di precisare i compiti principali dell'organismo di vigilanza per assicurare l'effettivo ed efficace funzionamento del modello stesso.

In particolare, con riferimento ai reati previsti dal citato art. 25-ter, configurabili come reati “propri”⁹, una particolare rilevanza assumono le questioni relative all'autonomia, alla collocazione nell'organizzazione aziendale e ai poteri dell'organismo di vigilanza, in quanto la previsione di obblighi di informazione¹⁰ sia rivolta proprio verso gli unici soggetti (apicali) che potrebbero commettere i reati che si tenta di evitare con la detta previsione.

Pertanto, analogamente a quanto già previsto nelle linee guida, nel documento integrativo sono stati indicati, in relazione alle specifiche fattispecie di reato disciplinate, o a gruppi di reati tra loro assimilabili, sia i principali controlli preventivi la cui attuazione è raccomandata, sia alcuni tra i primari compiti dell'organismo di vigilanza preposto alla verifica dell'effettività del modello citato.

⁹ La norma fa espresso riferimento a “amministratori, direttori generali, liquidatori o persone sottoposte alla loro vigilanza”.

¹⁰ Cfr. art. 6, comma 2, d. lgs. 231/2001.

A questo riguardo, una maggiore attenzione è stata dedicata ai primi tre reati disciplinati dal citato art. 25-ter (art. 2621 - False comunicazioni sociali; art. 2622 - False comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori; e art. 2623 - Falso in prospetto), che si riferiscono, tra l'altro, al bilancio annuale ed a quelli infra-annuali, che rappresentano indubbiamente i documenti più complessi e che più facilmente si prestano a manipolazioni.

Va sottolineato che i reati suddetti, a volte, possono essere commessi dai livelli sottostanti l'organo formalmente responsabile di questi documenti (e, cioè, il Consiglio di Amministrazione), segnatamente dai responsabili delle varie funzioni aziendali ovvero da loro sottoposti, dotati di un certo potere discrezionale anche se circoscritto.

In tali casi il reato potrà dirsi consumato solo se la falsità sia consapevolmente condivisa dai soggetti "qualificati" che recepiscano il dato falso e lo inseriscano nella comunicazione sociale.

Peraltro, al fine di configurare la responsabilità dell'ente, la falsità dev'essere realizzata dal subordinato non nel suo esclusivo interesse (ad esempio, per coprire un ammanco di cassa), ma su indicazione del soggetto apicale (si pensi al caso di valutazioni mendaci di crediti o partecipazioni, realizzate nell'interesse della società).

Un modello di organizzazione, gestione e controllo avente l'obiettivo di impedire, con ragionevole certezza, la commissione di questa tipologia di reati deve, nondimeno, prendere in considerazione tutte le ipotesi riguardanti i possibili esecutori materiali del reato nonché l'intero processo che porta alla formazione dei documenti considerati, sino alla loro sottoposizione all'assemblea dei soci e/o al pubblico, e prevedere specifici meccanismi, procedure e protocolli di prevenzione e controllo.

Il modello, inoltre, sarà più o meno rigoroso a seconda che la società sottoponga o meno - per disposizione di legge o volontariamente - il bilancio a certificazione da parte di una società di revisione; tuttavia, ben potendosi i reati della specie in esame verificare anche in società (o gruppi) assoggettati a revisione e certificazione del bilancio, se pure emergessero responsabilità a carico del revisore, il giudice potrebbe far scattare anche le sanzioni ex art 25-ter del d. lgs. 231/2001, una volta accertato che il modello non era adeguato o rispettato.

Quanto all'organismo di vigilanza, i compiti di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello potranno essere più o meno vasti in relazione, anche in questo caso, alla certificazione o meno del bilancio ma non potranno essere azzerati, potendo

risultare, semmai, opportuno introdurre controlli *ad hoc* sull'operato del revisore, in termini di mantenimento dell'indipendenza rispetto all'ente soggetto al controllo.

Le considerazioni svolte nel documento integrativo riguardo al bilancio o alle comunicazioni sociali, secondo Confindustria, devono evidentemente considerarsi estese al bilancio consolidato di gruppo ed alle altre comunicazioni sociali previste dalla legge a carico dei gruppi societari.

Il documento di Confindustria illustra, infine, i principali controlli preventivi (protocolli) e attività dell'organismo di vigilanza, raccomandati per la prevenzione specifica dei tre reati suddetti (con particolare riferimento al comportamento di tutti i dipendenti e responsabili di funzione coinvolti nell'attività di formazione del bilancio o di altri documenti similari, e ai rapporti degli organi societari con la società di revisione) nonché delle altre fattispecie di reato esaminate, in relazione alle quali sono generalmente richiamati i seguenti:

- specifica previsione del codice etico;
- diffusione del codice etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale;
- programma di informazione-formazione periodica degli amministratori, del *management* e dei dipendenti sulle regole in tema di *corporate governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria;
- introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *corporate governance* e di osservanza della normativa societaria;
- esistenza di un sistema definito di responsabilità del vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso;
- istituzioni di riunioni periodiche tra collegio sindacale, comitato di controllo interno (se esistente) ed organismo di vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*corporate governance* (compresa quella in tema di "parti correlate"), nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli amministratori, del *management*, dei dipendenti;
- previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale.

Anche l'Associazione bancaria italiana (ABI) ha redatto proprie linee guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche.

Per quanto riguarda i riflessi del d. lgs. 231/2001 sul sistema bancario, ABI sottolinea che le banche sono soggette a un sistema integrato di controlli interni che permea l'intera attività aziendale e coinvolge soggetti diversi (sindaci, società di revisione e funzione di *Internal Auditing*).

Tale sistema ha consentito alle banche di dotarsi di *standard* organizzativi ottimali, in linea con il principio di sana gestione, cui si ricollega la disciplina della responsabilità amministrativa contenuta nel d. lgs. 231/2001.

All'interno di ogni banca, pertanto, è operativo un insieme di regole, di procedure e di strutture organizzative mirate ad assicurare la separazione tra le funzioni operative e quelle di controllo ed evitare situazioni di conflitto d'interesse nell'assegnazione delle competenze; essere in grado di identificare, misurare e monitorare adeguatamente tutti i rischi assunti o assumibili nei diversi segmenti operativi; stabilire attività di controllo ad ogni livello operativo; assicurare sistemi informativi affidabili e idonei a riferire tempestivamente anomalie riscontrate nell'attività di controllo; consentire la registrazione di ogni fatto e gestione con adeguato grado di dettaglio.

Ogni banca effettua un monitoraggio sulle attività che possano determinare rischi di perdite risultanti da errori o inadeguatezza dei processi interni, delle risorse umane e dei sistemi oppure derivanti da eventi esterni. Tale monitoraggio, in particolare, è finalizzato alla prevenzione di rischi connessi a frodi e infedeltà dei dipendenti e di quelli derivanti dall'eventuale coinvolgimento della banca in operazioni di riciclaggio di denaro sporco.

Questi principi pervadono tutta l'attività aziendale e riguardano la redazione dei bilanci, i capitoli di spesa, i flussi finanziari in entrata e in uscita, l'affidabilità di tutte le informazioni finanziarie e gestionali, affinché il complesso delle attività sia conforme ai principi contabili di riferimento, alle leggi, ai regolamenti, alle norme di vigilanza nonché alle norme statutarie.

Un simile sistema di controlli e verifiche, insieme alla procedimentalizzazione delle attività e dei processi decisionali, costituisce un sistema in grado di per sé di essere utilizzato per prevenire la commissione di reati, ivi compresi quelli previsti dal d. lgs. 231/2001, salva comunque la possibilità per le banche di procedere ad integrazioni del medesimo alla luce delle nuove previsioni.

Con riferimento alla realtà bancaria, pertanto, le linee guida ABI evidenziano quanto segue.

Rilevano innanzitutto i reati (definibili peculiari) che possono presentare rischi di verifica in ragione di specifiche attività della banca quali, in particolare, la gestione dei fondi pubblici, sia sotto forma di captazione o erogazione di contributi destinati a pubbliche finalità, sia nello svolgimento di attività in regime di concessione (ad esempio, la riscossione di tributi); inoltre, l'attività prevalentemente "di sportello" connessa alla messa in circolazione di valori.

Del tutto slegati rispetto all'esercizio dell'attività bancaria appaiono, invece, i rischi connessi all'esistenza di rapporti contrattuali di qualsiasi natura tra l'istituto bancario (rappresentato sia dai suoi vertici che dai suoi dipendenti) e la Pubblica Amministrazione.

A questo riguardo, si consideri che, pur affermatane la natura privatistica, l'attività bancaria, in alcuni settori quali, appunto, la gestione dei fondi pubblici, esula dalla gestione ordinaria del credito e, in quanto svolta in regime di concessione, può presentare connotazioni pubblicistiche.

Parimenti, in tali settori, l'operatore bancario si trova ad operare quale incaricato di un pubblico servizio.

E' opportuno, dunque, che il modello adottato dalla banca individui, all'interno dei settori interessati, le operazioni attuate in esecuzione di una concessione amministrativa che, in quanto regolate da norme di diritto pubblico ed atti autoritativi, assumono rilievo pubblicistico.

Tali sono, in particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale:

- le operazioni che attengono all'attività di intermediazione bancaria consistente nella distribuzione di titoli del debito pubblico;
- le operazioni svolte in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti pubblici non economici, nella veste di banche agenti o delegate;
- le operazioni relative alle attività di concessione e gestione dei "crediti di scopo legale" e quelle rientranti nel settore dei c.d. "crediti speciali o agevolati" che, per loro natura, gravano in varia misura sulla finanza pubblica.

Esigenze di prevenzione diverse si pongono, invece, in relazione a quella tipologia di reati (definibili generali) non connessi, se non in virtù di un rapporto

“occasionale”, allo svolgimento dell’impresa bancaria e quindi non riconducibili a specifiche aree di attività: in relazione a tali ipotesi si ritengono sufficienti modelli organizzativi generali, che richiamano i principi di correttezza e probità nei comportamenti degli operatori bancari.

Ciò premesso, con specifico riferimento ai reati peculiari connessi con l’attività bancaria, ABI detta le regole dirette alla formazione e attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire nonché all’individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee.

In particolare, con riguardo alla gestione di fondi pubblici, il d. lgs. 231/2001 prevede un’eventuale responsabilità dell’ente per i reati, commessi nel suo interesse, di malversazione ai danni dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danni dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

Pertanto, è importante prescrivere che tutte le fasi della procedura di richiesta e/o erogazione del contributo (iniziativa o proposta, istruttoria, formazione del contenuto dell’operazione e dei suoi termini essenziali, decisione ed esecuzione) siano documentate e verificabili, in modo da poter sempre ricostruire *ex post* le caratteristiche e le motivazioni dell’operazione e individuare i soggetti coinvolti.

Quanto ai soggetti coinvolti nell’operazione, è necessario che i poteri e le responsabilità di ciascuno siano chiaramente definiti in procedure il cui contenuto sia pubblicizzato all’interno dell’organizzazione.

In particolare, i soggetti in posizione apicale sono tenuti alla gestione corretta e oculata dei finanziamenti pubblici erogati in favore della banca affinché siano utilizzati dai beneficiari per lo svolgimento di attività o la realizzazione di iniziative di rilievo pubblicistico. Analoga correttezza è richiesta nella fase propedeutica alla concessione del finanziamento, nel fornire all’amministrazione informazioni complete e veritiere nel rispetto delle regole poste a presidio della correttezza della procedura di erogazione.

Analogamente, i dipendenti devono rispettare le regole interne e generali in tema di gestione del finanziamento pubblico, con particolare riferimento ai rapporti con la clientela, nel caso in cui il contributo sia erogato, tramite la banca, a favore di terzi.

Con riguardo al trattamento e alla messa in circolazione di valori (in particolare, banconote, monete e valori di bollo aventi corso legale nello Stato e all’estero o materiali utilizzati per la fabbricazione di questi), il d. lgs. 231/2001 prevede la possibilità di individuare una responsabilità dell’ente nell’ipotesi i cui siano realizzati

nel suo interesse i reati previsti dagli artt. 453, 454, 455, 459, 460, 461 e 464 c.p. posti a tutela della fede pubblica.

Profili di rischio connessi all'attività bancaria possono presentarsi in relazione all'ipotesi di messa in circolazione di valori contraffatti o alterati, attraverso la diffusione tra il pubblico di valori falsi.

Ai fini della prevenzione e repressione dei reati di falso, alle banche è richiesto, in primo luogo, il puntuale rispetto delle procedure di controllo dei valori trattati, dei quali si deve imporre - in caso di accertata o sospetta falsità - l'immediato ritiro dalla circolazione.

Una particolare attenzione deve essere prestata nelle negoziazioni con clientela non sufficientemente conosciuta ovvero aventi ad oggetto importi in contanti di rilevante entità.

I reati in oggetto, per la loro natura, si prestano ad essere commessi soprattutto nell'ambito delle attività c.d. "di sportello" e, dunque, imputabili per lo più a soggetti sottoposti all'altrui dipendenza.

Per quanto riguarda i reati generali, il d. lgs. 231/2001 prevede un'eventuale responsabilità amministrativa dell'ente in caso di truffa aggravata ai danni dello Stato, frode informatica ai danni dello Stato, concussione e corruzione.

Le strutture aziendali che attivano e gestiscono rapporti con la Pubblica Amministrazione (per la gestione di commesse pubbliche, contratti di finanziamento su progetti di rilievo pubblicistico, attribuzioni di sovvenzioni e contributi, esercizio di funzioni ispettive da parte della Banca d'Italia, della Consob o di altre autorità garanti) sono quindi quelle sulle quali è opportuno concentrare la massima attenzione sotto il profilo del rischio aziendale rilevante.

Sia i soggetti in posizione apicale che i dipendenti devono essere richiamati al rispetto dei principi di correttezza e trasparenza e all'osservanza delle leggi e dei regolamenti vigenti nell'intraprendere e gestire i rapporti con la Pubblica Amministrazione in sede di stipulazione ed esecuzione di contratti, aggiudicazione e gestione di autorizzazioni, concessioni o appalti, attività ispettive, di controllo o nell'ambito di procedure giudiziarie.

Regole specifiche devono essere previste per la prevenzione di reati commessi nell'utilizzo delle procedure informatiche.

Altrettanto essenziale appare l'affinamento di strumenti di registrazione e controllo delle operazioni compiute a mezzo di sistemi elettronici.

I principi etici che devono regolare l'attività dell'impresa bancaria nell'ambito delle fattispecie riconducibili ai reati generali possono essere riportati in un apposito codice deontologico elaborato dalla banca e portato a conoscenza di tutto il personale.

Il modello adottato dalla banca deve quindi prevedere specifici obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza, anche mediante l'uso di canali di comunicazione interna tali per cui i dipendenti possano riferire in merito ai comportamenti criminosi eventualmente riscontrati.

Tutti i componenti dell'organismo devono essere espressamente vincolati a mantenere riservati i documenti e le informazioni acquisite nello svolgimento del proprio compito e deve essere assicurato il rispetto della vigente normativa in materia di *privacy* ricorrendosi, se necessario, al potere d'indirizzo e di controllo del Garante.

La banca, inoltre, deve dare piena pubblicità ai modelli organizzativi adottati (e all'eventuale codice deontologico), al fine di assicurare che i destinatari siano a conoscenza delle procedure da seguire per adempiere correttamente alle proprie mansioni, mediante l'utilizzo del normale sistema delle comunicazioni interne, delle circolari e dei manuali operativi, e deve curare per tutto il personale dipendente appositi corsi di formazione (in particolare, per i neo-assunti e i dipendenti adibiti ad un nuovo incarico).

L'attuazione del modello, infine, può essere garantita non solo attraverso verifiche periodiche dell'efficacia del modello ma anche predisponendo un sistema disciplinare e sanzionatorio idoneo, elaborato e applicato dalla banca a prescindere dall'accertamento della rilevanza penale della condotta del soggetto.

La banca è libera nella determinazione ed elaborazione di una tipologia di sanzioni per l'inadempimento del modello da parte dei soggetti in posizione apicale; occorre, a tal fine, introdurre misure *ad hoc*, ossia adatte al ruolo e all'attività svolta da tali soggetti, nell'ambito del rapporto in essere con la banca (di lavoro subordinato e/o di parasubordinazione e/o di amministrazione), che consentano eventualmente di giungere, attraverso una valutazione della rilevanza dell'inadempimento da parte degli organismi competenti (amministratore delegato e/o direttore generale, consiglio di amministrazione, assemblea), ad un'anticipata e giustificata risoluzione del rapporto stesso.

La previsione ed attuazione di un sistema disciplinare per i lavoratori subordinati, invece, costituisce – com'è noto – un elemento connaturato al rapporto di lavoro stesso (in virtù degli artt. 2086, 2094 e 2106 codice civile).

Per quanto riguarda le previsioni del d. lgs. 231/2001, pertanto, una volta esplicitata la rilevanza disciplinare degli inadempimenti di cui trattasi, con l'estensione delle sanzioni previste nel codice disciplinare già in uso in ogni banca a tali ipotesi, dovrà essere posta in essere un'effettiva attività di vigilanza e controllo sia per prevenire il verificarsi di illeciti sia per consentirne la tempestiva censura.

Il modello deve quindi prevedere e regolamentare le modalità attraverso le quali il sistema gerarchico già esistente dovrà curarne l'attuazione.

Inoltre, potrà essere utile che la banca preveda la possibilità di azionare canali di comunicazione interna, attraverso i quali i dipendenti possano riferire direttamente all'organismo di controllo – di cui all'art. 6, comma 1, lettera b) del decreto – sui comportamenti illeciti eventualmente riscontrati.

Il fatto che, per i lavoratori subordinati, le esigenze di cui al d. lgs. 231/2001 possano essere adeguatamente soddisfatte attraverso la semplice integrazione del codice disciplinare già esistente presso le banche, consente di rinviare ai modelli ai modelli gestionali che si sono consolidati nei trent'anni di vigenza dello statuto dei lavoratori (art. 7, legge 300/1970), anche in ragione del consolidarsi della giurisprudenza di merito e di legittimità in ordine agli adempimenti richiesti per garantire la conoscenza preventiva del lavoratore del rapporto inadempimento-sanzione (codice disciplinare, pubblicità, affissione), il rispetto delle modalità procedurali (contestazione dell'addebito, diritto di difesa, termini) e degli ambiti di esercizio del potere (sanzioni tipiche, proporzionalità).

Nell'ipotesi in cui vi siano attività dell'ente svolte da soggetti legati da un rapporto di parasubordinazione (che, pur avendo natura autonoma, si caratterizza per la continuità e la coordinazione della prestazione con l'attività del destinatario della medesima, tale da comportare una responsabilità della banca per l'operato di tali soggetti), la banca non dovrà dotarsi di un sistema disciplinare in senso stretto ma è necessario che renda note le regole aziendali (modelli organizzativi) che informano le attività suddette al fine di vincolare i lavoratori parasubordinati ad esse.

La banca dovrà al contempo esplicitare nel contratto di lavoro individuale (o in apposita lettera integrativa sottoscritta per accettazione dal lavoratore parasubordinato)

gli inadempimenti ritenuti rilevanti ai fini della risoluzione anticipata del rapporto, ritenendosi gli altri sostanzialmente assorbiti da un tollerante esercizio del potere dissuasivo proprio di ogni rapporto paritario di collaborazione.

La banca non è tenuta, invece, a garantire il rispetto del modello da parte di lavoratori autonomi che non rientrino nella categoria dei soggetti aventi un rapporto organico con essa (quali i liberi professionisti), le prestazioni dei quali sono caratterizzate, a differenza dei lavoratori subordinati e parasubordinati, da una totale autonomia ed auto-direzione del soggetto.

Per definizione, dunque, i lavoratori autonomi non possono essere fatti rientrare nella categoria dei “soggetti sottoposti all'altrui direzione”, delineata dal d. lgs. 231/2001.

Infine, nell'ambito del gruppo bancario, il particolare ruolo di direzione e coordinamento che la normativa speciale recata dal testo unico bancario e dalle istruzioni della Banca d'Italia attribuiscono alla capogruppo, impone a quest'ultima di verificare la rispondenza dei comportamenti delle società appartenenti al gruppo agli indirizzi da essa proposti e coordinare le funzioni già esistenti nell'ambito del gruppo per le finalità del decreto.

Fermo restando, quindi, il potere di ciascuna banca di valutare le iniziative da assumere, sarà cura della capogruppo informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati previsti dal d. lgs. 231/2001 e suggerire i criteri generali ai quali informarsi.

5. **CONSIDERAZIONE CONCLUSIVE**

Come si è visto, il d. lgs. 231/2001 ha introdotto il principio della responsabilità amministrativa dell'ente (con ciò riferendosi, in senso quasi universale, a persone giuridiche, società e associazioni anche prive di personalità giuridica, con l'unica esclusione, di fondazioni e consorzi), inteso quale soggetto giuridico distinto dai propri associati e autonomo centro d'interessi e di rapporti giuridici, che si affianca a quella penale dell'autore (persona fisica) del reato.

Quest'ultimo, in particolare, deve trovarsi in una determinata relazione con l'ente (la norma distingue, al riguardo, tra soggetti in posizione apicale, ovvero all'apice della struttura societaria e, cioè, amministratori, anche di fatto, direttori generali, direttori di divisione, preposti a sedi secondarie, e soggetti sottoposti alla direzione di uno di detti soggetti).

L'ente, inoltre, risponde amministrativamente sia che l'autore del reato lo abbia commesso con l'intenzione di perseguire un interesse, esclusivo o concorrente, dell'ente medesimo, sia che, anche al di là di ogni intenzione dell'autore, il reato si riveli comunque vantaggioso per quest'ultimo.

In tal caso, tuttavia, nonostante il vantaggio conseguito, la responsabilità dell'ente resta esclusa se risulti che l'autore del reato ha agito al fine di perseguire un interesse esclusivamente proprio o comunque diverso da quello dell'ente.

Ogni indagine sulla posizione gerarchica dell'autore del reato, peraltro, resta esclusa in caso di inosservanza delle sanzioni o delle misure cautelari interdittive e la responsabilità è attribuita senz'altro all'ente nel cui interesse o a vantaggio del quale il reato è stato commesso.

All'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente consegue l'applicazione delle sanzioni previste dal d. lgs. 231/2001 (con riferimento ai reati previsti dal codice penale) e dal d. lgs. 61/2002 (con riferimento ai nuovi reati societari, per i quali, peraltro, sono previste solo sanzioni pecuniarie), di cui si è già detto (esclusa ogni ipotesi di assicurabilità del danno derivante per l'ente dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie), salvo che l'ente medesimo possa eccepire l'esistenza e l'avvenuta preventiva (alla commissione del reato) attuazione degli idonei modelli di organizzazione, di cui pure si è detto (vedi *supra*).

A questo riguardo, è stato sottolineato che il modello organizzativo previsto dal d. lgs. 231/2001 non corrisponde necessariamente al modello di controllo (*audit*) standard adottato dalle aziende ¹¹.

Infatti, per quanto attiene all'oggetto, occorre focalizzare l'attenzione sugli elementi che possono generare reati e definire idonee procedure di controllo.

Per quanto attiene ai soggetti, invece, è necessario rilevare i) che i soggetti passivi possono risultare gli stessi (soggetti in posizione apicale) dai quali le funzioni di controllo dipendono, ii) la difficoltà di definire quale sia l'organo vigilante sul funzionamento del modello e garante del sistema disciplinare (e la rilevanza del ruolo del collegio sindacale a questo riguardo), oltre iii) l'importanza dell'intervento delle associazioni di categoria per l'adozione dei modelli (elaborazione di codici di comportamento e linee guida, per le quali vedi, *supra*, con riferimento a Confindustria).

Trattasi di un insieme di regole procedurali interne, i punti salienti dei quali sono sommariamente enunciati nel d. lgs. 231/2001, per quanto riguarda i soggetti in posizione apicale (art. 6, comma 2) e i soggetti a questi sottoposti (art. 7, comma 3).

Peraltro, nel caso di reato "apicale", l'ente potrà sottrarsi alla responsabilità solo se prova di aver formalmente adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione; invece, nel caso di reato commesso da un soggetto ad altri sottoposto, tale prova non è richiesta e la responsabilità dell'ente potrà essere esclusa anche senza la preesistente formale adozione di un siffatto modello ogni qualvolta risulti che non vi è stata una qualche violazione dei generici obblighi di direzione e vigilanza ai quali, comunque, i sottoposti devono essere assoggettati e che, pertanto, non è da tale violazione che il reato è stato reso possibile ¹².

Alcune considerazioni merita anche la previsione della normativa in esame secondo la quale i compiti di vigilanza sul modello e di aggiornamento del medesimo devono essere affidati "a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo" (art. 6, comma 1, lettera b), e alla quale si sottraggono i non meglio definiti enti di piccole dimensioni (art. 6, comma 4), per gli evidenti problemi di coordinamento con i sistemi di controllo e vigilanza già presenti nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata di maggiori dimensioni.

¹¹ GAETANO - PASTORE, "I modelli organizzativi di controllo: alcuni spunti di riflessione", in *Atti*, Corso ITA su "La nuova disciplina della responsabilità amministrativa delle società", Milano, 10 e 11 luglio 2001.

¹² Così RORDORF, "I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati", in *Le società*, 2001, n. 11, pag. 1297 e segg..

In base al dettato normativo e data la struttura fortemente tipizzata di tali enti, si ritiene, peraltro, che tali compiti possano essere efficacemente attribuiti al collegio sindacale, organo che gode di piena autonomia, salvo integrarne statutariamente i poteri di iniziativa per quel che riguarda l'aggiornamento dei modelli, mentre non pare che il responsabile del controllo interno, come finora inteso nella prassi italiana (essendo designato dall'amministratore delegato, che ne predispone altresì le procedure operative) possa offrire quella sufficiente garanzia di autonomia dal vertice societario che la legge, invece, espressamente richiede per assolvere i compiti di vigilanza ed aggiornamento dei modelli in questione.

Parimenti, non sembra agevole ammettersi l'attribuzione dei compiti in questione ad un organo ulteriore, creato *ad hoc*.

Per quanto riguarda i reati dei soggetti sottoposti, come si è detto, neppure è prevista l'istituzione di un organismo di vigilanza sulla concreta attuazione del modello, sul presupposto che tale compito spetti evidentemente a chi esercita la direzione dell'impresa e, pertanto, nelle società in cui è istituita la figura del responsabile del controllo interno, sembra pacifico che a costui debba essere attribuita anche questa funzione.

E' comunque richiesta, anche in tal caso, la verifica periodica e l'eventuale modifica del modello quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività (art. 7, comma 4) oltre all'adozione di un sistema disciplinare e sanzionatorio per il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (come per i reati "apicali").

Nella maggior parte dei casi, peraltro, l'ente si doterà di modelli di organizzazione per prevenire sia i reati "apicali" che quelli ad opera di "soggetti sottoposti all'altrui direzione" e, in tale eventualità, è da ritenere che all'organismo deputato a vigilare sull'osservanza e sul funzionamento di modelli del primo tipo, a norma dell'art. 6, ben possa essere attribuito anche il compito di vigilare sui modelli del secondo tipo, previsti dal successivo art. 7.

Quanto all'adozione del modello, infine, posto che essa deve certamente avvenire in modo formale e in assenza di alcuna indicazione al riguardo, da parte della normativa in esame, non sembra potersi negare, in via di principio, la competenza dell'organo amministrativo ad emanare disposizioni procedurali interne quali sono, in definitiva, quelle in oggetto, salva la necessità di dover procedere all'integrazione dei

poteri del collegio sindacale – di cui si è detto - e, conseguentemente ad una modifica dello statuto dell'ente da parte dell'assemblea ¹³.

¹³ Cfr. Rordorf, *cit.*