

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità giuridica (d. lgs. 31/2001)

Amelia Bernardo

settembre 2003

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. PREMESSA.....	2
2. PRESUPPOSTI E FINALITÀ DEL DECRETO.....	3
3 I CRITERI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ.....	6
3.1 Per reati commessi da soggetti apicali.....	6
3.2 Reati commessi da lavoratori dipendenti	8
4 PRIME QUESTIONI INTERPRETATIVE.....	9
4.1 I soggetti apicali.....	10
4.2 L'organo di controllo.....	11
4.3. Prova liberatoria e modelli organizzativi.	13

1. Premessa

Con il d.lgs. 231/2001 il legislatore ha introdotto un nuovo modello di “responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità”¹. Nel procedere al commento del decreto è opportuno muovere da alcune osservazioni preliminari: la portata di ogni legge si definisce attraverso l’interpretazione che ne viene data nell’esperienza, con l’analisi del significato attribuito al testo nel momento applicativo. Esperienza che nel caso di specie non si è ancora formata sia perché il decreto è di recente approvazione, sia per le obiettive difficoltà incontrate nell’attuare una disciplina che non presenta elementi di raccordo né con la precedente normativa in materia di sanzioni amministrative, né con la successiva riforma delle società.

Allo stato è dunque possibile formulare solo alcune riflessioni iniziali da verificare nel confronto con l’esperienza, ed alla luce della attuazione della recente riforma di diritto societario, la quale nel delineare nuovi modelli di gestione e controllo, non fa alcun riferimento ai protocolli organizzativi del decreto in commento.

E’ per questa ragione che, almeno in questa fase, si ritiene preferibile procedere ad un inquadramento di sistema del “tipo” di responsabilità

¹ Con il d.lgs. 231 del 2001 il Governo ha dato attuazione alla delega contenuta nell’art. 11 l. n. 300/2000, in esecuzione di una serie di convenzioni ed accordi internazionali sulla lotta alla corruzione e alle frodi a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee. Va comunque sottolineato che le convenzioni internazionali, pur obbligando gli Stati a corresponsabilizzare l’ente, non vincolavano circa l’adozione di uno specifico modello, penalistico o amministrativistico.

introdotto, analizzato nelle suoi aspetti qualificanti, piuttosto che nel dettaglio delle singole disposizioni. In particolare intendo soffermarmi sui principi generali e sui criteri di attribuzione della responsabilità c.d. amministrativa agli enti, nella prospettiva delle valutazioni, per le singole aziende, dell'opportunità di adottare o meno i modelli organizzativi previsti.

2. Presupposti e finalità del decreto.

Il decreto disciplina “la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato”: dunque l'ente non risponde del reato commesso dalle persone fisiche, ma per un autonomo illecito amministrativo riconducibile ad una carenza organizzativa tale da rendere possibile la consumazione del reato.

Nonostante il legislatore qualifichi come “amministrativa” la responsabilità dell'ente, la disciplina contiene numerosi elementi di matrice penalistica :

in primo luogo le autorità competenti ad istruire ed applicare le sanzioni sono penali (per l'autore materiale del fatto e per l'ente si apre dunque un *simultaneus processus* dinanzi al giudice penale);

la sanzione viene applicata con un provvedimento giurisdizionale emesso al termine di un procedimento penale;

le finalità delle sanzioni comminate hanno natura essenzialmente preventiva;

i principi generali in materia penale quali il principio di legalità, l'efficacia delle leggi nel tempo e nello spazio trovano diretta applicazione;

la responsabilità *ex crimine* dell'ente presenta caratteri di autonomia, posto che la stessa persiste anche laddove l'autore del reato non sia identificabile o non sia imputabile, ovvero quando il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia;

infine i criteri di imputazione sul piano soggettivo sono legati e commisurati ad un atteggiamento *colpevole* dell'ente. Il legislatore ha infatti delineato una responsabilità “da organizzazione”, che insorge in presenza di un

nesso oggettivo di imputazione del fatto criminoso alla struttura, secondo i seguenti criteri:²

L'ente è responsabile dei reati commessi esclusivamente dai seguenti soggetti (art. 1):

a) 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;

b) da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

c) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui sopra.

I reati presupposto in ordine ai quali insorge la responsabilità dell'ente sono quelli indicati dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia: quindi reati di concussione, corruzione e frode ed i delitti previsti dal codice penale in materia di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo.³ Invero in corso di attuazione della delega il Governo ha ridotto l'ambito di applicazione della disciplina, che vedeva la società responsabile anche per fattispecie a tutela dell'ambiente, del territorio e della sicurezza del lavoro, cogliendo probabilmente con maggior concretezza la molteplicità delle fattispecie criminosi e la potenzialità lesiva dell'impresa, per cui nonostante alcune recenti integrazioni, molti dei reati originariamente previsti oggi non coinvolgono la responsabilità dell'ente.

I reati-presupposto devono essere commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5): l'interesse si riferisce *all'intenzione* dell'autore materiale del reato di recare benefici con il suo comportamento all'ente per il

² Questi elementi sembrerebbero introdurre con chiarezza un tipo di responsabilità tipicamente penale per l'impresa, che si trova a rispondere direttamente della commissione del reato. Anche se la maggior parte della dottrina ritiene che la responsabilità in questione configuri un *tertium genus*, non riconducibile né alla responsabilità penale, né a quella amministrativa.

³ I reati di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo sono stati introdotti successivamente: l'art. 25- *bis*, introdotto dall'art. 6 d.l. 350/2001 e l'art. 25-*ter* introdotto dall'art. 3 d.lgs 61/2002.

quale opera, mentre il vantaggio è *l'effettivo beneficio* ottenuto dall'ente⁴. La responsabilità dell'ente coesiste dunque con quella del soggetto attivo del reato sia nel caso in cui questi agisca ad esclusivo vantaggio od interesse dell'ente, sia in ipotesi di commistione con un interesse proprio.

Rimane invece esclusa nei casi in cui sia provato che il soggetto ha agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi (art. 5, n.2). L'ente dunque risponde quando coloro che hanno commesso il reato hanno agito per favorirlo, anche se dalla condotta criminosa non ha ricavato alcun vantaggio; o quando comunque ha ricevuto un vantaggio dalla commissione del reato, a meno che non si riesca a dimostrare che coloro che hanno agito erano mossi dall'esclusivo interesse personale. L'acquisizione oggettiva di un vantaggio non è cioè elemento sufficiente a determinare un coinvolgimento dell'ente, la cui responsabilità insorge solo se sia provata la finalizzazione del fatto alla prospettiva di un qualche interesse per la persona giuridica.

Secondo il modello delineato dal legislatore la sussistenza di queste condizioni comporta la *corresponsabilità* dell'ente, a meno che l'ente non riesca a provare di aver adottato misure organizzative idonee ad prevenire la commissione dei reati.

Si è inteso cioè introdurre un criterio di imputabilità del reato tale da consentire una certa "personalizzazione del rimprovero" per la commissione del fatto, secondo un modello di responsabilità colposa: la *colpa* imputata alla persona giuridica consiste nel non aver adottato un efficace piano di prevenzione ed una organizzazione efficiente.⁵

In particolare si distinguono due fattispecie, a seconda che il reato-presupposto sia stato commesso da soggetti posti in posizione di vertice, c.d. soggetti *apicali*, o da soggetti in posizione subordinata. I soggetti posti in posizione apicale coinvolgono maggiormente la responsabilità dell'ente, trattandosi di quegli stessi soggetti competenti a definire le *politiche d'impresa* e rispetto ai quali opera il criterio di immedesimazione organica.

⁴ Secondo la relazione del decreto la nozione di interesse avrebbe fondamento soggettivo, indicando il fine in vista del quale il soggetto ha commesso il reato, mentre il vantaggio fa riferimento alla effettiva acquisizione di un profitto da parte dell'ente.

⁵ V. M. PELISSERO e G. FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Legislazione penale*, 2002, xit. p.582

In entrambe le fattispecie la finalità perseguita è quella di stimolare la società a modificare il proprio modello organizzativo, per godere di alcuni “privilegi” sul piano probatorio e sanzionatorio: oltre al regime presuntivo va infatti sottolineato che l’adozione e l’attuazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi può fungere da criterio di commisurazione della sanzione e da circostanza attenuante della sanzione amministrativa pecuniaria. E’ altresì esclusa l’applicazione delle sanzioni interdittive qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrano l’integrale risarcimento e l’eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato, con contestuale adozione di un idoneo modello organizzativo di tipo preventivo.

Quanto alle persone giuridiche destinatarie della disciplina il primo dato che emerge dalla lettura del decreto è l’ampiezza dell’arco dei soggetti cui si rivolge: oltre che alle società anche agli enti privi di personalità giuridica (es. associazioni, comitati etc.); restano esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, quelli non economici e quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Sarebbero dunque compresi anche gli enti che non godono di autonomia patrimoniale perfetta, anche se ai sensi dell’art. 27 l’obbligazione derivante dal pagamento della sanzione pecuniaria grava soltanto sul patrimonio dell’ente.

La dottrina tende comunque ad escludere dalla soggezione alla disciplina consorzi, le fondazioni ed i condomini, sulla base del principio di tassatività fissato nello stesso art. 2 del decreto legislativo, ed in base al quale non possono essere coinvolti soggetti “ontologicamente” differenti.

3 I criteri di imputazione della responsabilità

3.1 Per reati commessi da soggetti apicali

Passando ad una analisi più puntuale della disciplina, si è detto che il decreto distingue due fattispecie, a seconda che il reato sia commesso da soggetti c.d “apicali” o da soggetti sottoposti all’altrui direzione e controllo.

Qualora il reato sia commesso da un “dirigente” dell’impresa, proprio in quanto la sua attività è espressione della politica d’impresa, la responsabilità

della società è *presunta*. La presunzione cade se l'ente oppone prova liberatoria, consistente nella dimostrazione delle seguenti condizioni (art. 6):

a) l'organo dirigente deve aver *adottato* ed *efficacemente attuato*, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. L'adozione di questi modelli non è obbligatoria: sicuramente stimolata dal tenore della legge ed in questa prospettiva consigliabile, ma non è obbligatoria.

I modelli ipotizzati dal legislatore possono comunque essere predisposti ed attuati dall'ente in piena autonomia, purchè vengano rispettati alcuni indirizzi, contenutistici ed attuativi. Si tratta di criteri generici, finalizzati a dotare l'ente di un sistema normativo interno concentrato alla prevenzione dei crimini, soprattutto nell'ambito dei processi di gestione e controllo delle risorse finanziarie. E' richiesta: l'individuazione delle sfere di attività rischiose (c.d. mappatura del rischio); la previsione di protocolli di decisione dei vertici in merito a quelle scelte di politica aziendale che possono realizzare i rischi individuati; la statuizione di norme di gestione delle risorse finanziarie, volte ad impedire soprattutto la costituzione di fondi o strutture parallele di finanza aziendale che occultino flussi di provenienza incerta; la definizione di obblighi di informazione verso l'organo di vigilanza; ed infine, allo scopo di garantire l'efficacia del modello, l'introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure preventive.

Le imprese che non intendono poi predisporre modelli "propri" possono avvalersi dei modelli redatti dalle associazioni di categoria, adattandoli alle proprie esigenze interne.

Il decreto riconosce infatti alle associazioni di categoria il potere di redigere codici di comportamento generali, i quali dovranno essere comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare osservazioni sulla loro idoneità a prevenire i reati. Queste osservazioni devono essere rese note entro trenta giorni. Tuttavia si prospetta dunque il rischio che i modelli compilati dalle diverse associazioni di categoria divengano efficaci senza alcun controllo preventivo di uniformità nei contenuti, posto che il termine concesso al Ministero per la formulazione delle proprie osservazioni appare eccessivamente breve, in considerazione soprattutto della necessità di un concerto con i Ministeri competenti.

E' comunque indubbio che gli enti non sono obbligati ad adeguare la propria organizzazione interna al modello elaborato dalle associazioni di

categoria, potendo viceversa formulare protocolli originali e meglio aderenti alla propria fisionomia organizzativa.

b) Ulteriore requisito per l'esimente è la prova dell'esistenza di un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo con il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento.

Si noti che negli enti di piccole dimensioni tali compiti possono essere assolti direttamente dall'organo dirigente.

La società dovrà altresì dimostrare che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte di quest'ultimo;

c) Infine, ma il punto è di estrema importanza, la prova liberatoria include anche la dimostrazione del fatto che gli autori del reato hanno eluso *fraudolentemente* i modelli di organizzazione e di gestione;

In sintesi l'ente non solo deve adottare modelli organizzativi in *astratto* idonei a prevenire quel tipo di reato, ma deve anche provare che gli stessi sono stati efficacemente attuati e fraudolentemente elusi dai vertici: è una forma tendenzialmente assoluta di responsabilità, giustificata dal rapporto di rappresentanza che lega l'ente all'autore del reato.⁶

3.2 Reati commessi da lavoratori dipendenti

Quando i reati sono commessi dai soggetti sottoposti all'altrui direzione, non vi sarà viceversa inversione dell'onere della prova: sarà il P.M. a dover provare, nel *simultaneus processus*, che la commissione del reato da parte del sottoposto è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Il decreto non specifica il contenuto di questi obblighi, che andranno di conseguenza desunti in via interpretativa dalle disposizioni di legge e dai regolamenti interni sulle attività del *management* dell'ente.

In ogni caso l'ente potrà opporsi provando che, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di

⁶ V. C.E. PALIERO, *Il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr.giur.* 2001, p. 845

organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Si ritiene con la prevalente dottrina, che il requisito dell'*efficacia* non debba essere esasperato, posto che, volendo considerare la commissione del reato come prova *di fatto*, della inefficacia del modello si imporrebbe all'ente una *probatio diabolica*. Piuttosto perché il modello sia considerato *efficace* deve presentare, in astratto, quei requisiti di efficienza, praticabilità e funzionalità in grado, ragionevolmente, di ridurre le fonti di rischio.

In ogni caso la prova liberatoria è quindi di contenuto ridotto rispetto al caso precedente (art. 7), essendo sufficiente per l'ente la dimostrazione che erano stati adottati protocolli organizzativi idonei alla prevenzione del tipo di reato commesso.

Stando alla lettera del testo i modelli di cui all'art 7 non coincidono con quelli previsti per la responsabilità derivante da reato commesso da soggetti c.d. apicali: anzi, in linea teorica l'ente che non avesse adottato alcun protocollo preventivo potrebbe comunque andare esente da responsabilità in caso di osservanza di quei generici obblighi di direzione e vigilanza indicati all'art. 7, co 1. Peraltro, pur essendo diverse le procedure ed i controlli a seconda che si tratti di apicali o di subordinati, non mi pare vi siano ragioni per negare alla società di salvaguardare tali differenze nell'ambito di un'unica procedimentalizzazione di regole e comportamenti.⁷

Va infine sottolineato, anche per una valutazione dei costi connessi all'adozione di questi modelli, che l'attuazione dei protocolli comporta verifiche periodiche ed eventualmente modifiche dello stesso, quando vengono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero intervengano mutamenti nell'organizzazione. Infine deve essere predisposto un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. (art. 7, comma 2)

4 Prime questioni interpretative

La lettura del decreto solleva molteplici questioni interpretative: nella economia di queste prime riflessioni tralascio i pur importanti temi toccati dal

⁷ V. F. MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2001, p. 622

decreto quali l'atteggiarsi della responsabilità dell'ente in caso di vicende modificative che lo riguardano ed il sistema sanzionatorio, soffermandomi piuttosto su alcuni aspetti preliminari alla scelta del modello stesso.

4.1 I soggetti apicali

Una prima questione riguarda l'individuazione dei soggetti la cui attività criminosa coinvolge la responsabilità dell'ente. L'art. 1 alla lettera a) *tipizza* i soggetti agenti per conto della persona giuridica, indicando specificatamente gli amministratori, i direttori e i rappresentanti.

Tuttavia, in evidente contraddizione con questa elencazione, che si direbbe tassativa, lo stesso articolo, integra l'elenco indicando "tutti i soggetti che, anche di fatto, esercitano funzione di gestione o di controllo": la formulazione così generica conferisce alla disposizione una portata particolarmente ampia, estendendo il campo di applicazione a *chiunque* eserciti a *qualsiasi* titolo funzioni di gestione o controllo.

La questione è rilevante, in relazione, ad esempio ai sindaci, che, secondo una interpretazione di mera esegesi sarebbero evidentemente da includere nell'ambito di applicazione della disciplina, ma è una lettura che priverebbe di senso la precedente elencazione.

Chiaramente la lettera della disposizione è contraddittoria: è necessario dunque andare alla *ratio* della norma.

Nella relazione illustrativa si attribuisce portata tassativa alla elencazione di cui all'art.1, con ciò escludendo la rilevanza della attività dei sindaci ai fini della responsabilità amministrativa, in quanto si tratta di "soggetti che non esercitano un dominio penetrante sull'ente". In questa prospettiva la seconda parte dell'articolo farebbe riferimento all'esercizio di fatto delle medesime funzioni esercitate da amministratori, rappresentanti e direttori, per cui la funzione di controllo rileva solo se svolta cumulativamente a quella di gestione da parte di un soggetto che eserciti un vero e proprio dominio sull'ente: viene in mente il socio tiranno.

E' una lettura che recupera la coerenza dell'articolo con riferimento alla posizione del sindaco, ma che nel contempo pone una differente questione, relativa alla posizione dell'amministratore di fatto che eserciti solo attività gestoria e non anche una funzione di controllo. Ipotizzare l'estraneità dell'ente in relazione a questa ipotesi sarebbe teoricamente possibile, ma la soluzione sarebbe in contrasto con la *ratio* del legislatore che ha voluto equiparare gli

amministratori di fatto a quelli formalmente incaricati, dando direttamente rilievo alla situazione di fatto, senza la necessità di ricorrere alla figura concorsuale del c.d. concorrente “esterno”.

Si ritiene dunque che il riferimento alla funzione di controllo assuma carattere esplicativo, irrigidendo la responsabilità in relazione all'amministratore di fatto, ma non certo prescrittivo circa la necessità dell'esercizio cumulativo delle funzioni di gestione e controllo in capo all'amministratore di fatto. L'ente risponde sempre dei reati commessi dall'amministratore di fatto, anche quando questi svolga funzioni di controllo.

4.2 L'organo di controllo

Elemento essenziale dell'esimente è la costituzione di un organo di vigilanza sull'osservanza dei modelli. Sul punto le indicazioni del legislatore sono piuttosto scarse. Anche in questo caso vengono solo stabiliti alcuni requisiti quali l'autonomia e l'indipendenza dell'organo, che dovrà essere interno alla società⁸

La prima ipotesi è quella del collegio sindacale, organo interno ed indipendente, competente a vigilare sulle attività di gestione, e dunque sulla attuazione dei modelli stessi; oppure, alla luce della riforma, l'equivalente organo di controllo dei modelli dualistico e monistico. Si tratta di una interpretazione coerente con l'elasticità strutturale che sembra improntare la disciplina del decreto, desumibile dallo stesso art. 6, n. 4, nella parte in cui prevede che negli enti di piccole dimensioni i compiti di vigilanza possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

Tuttavia i primi commentatori tendono ad escludere l' idoneità dei sindaci a ricoprire le funzioni di controllo, suggerendo la costituzione di un organo di vigilanza *ad hoc*.⁹ L'argomento più ricorrentemente utilizzato poggia sulla scarsa indipendenza dell'organo collegiale, nominato, tramite assemblea, da quella stessa maggioranza di cui gli amministratori sono in genere diretta

⁸ Sui modelli di organizzazione v. A.FRIGNANI, P.GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Società*, 2002, p. 143

⁹ In questo senso A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli di organizzazione*, cit. p. 149, secondo i quali “Chi effettua il controllo deve apparire estraneo ai giochi della politica d'impresa, deve ispirare fiducia nei soggetti indagati, deve possedere l'autorità, la professionalità e la capacità personale di poter accedere a tutte le fonti di informazione della persona giuridica senza essere ostacolato nello svolgimento del suo compito di controllo”.

emanazione: situazione che comporta un inevitabile grado di commistione tra controllanti e controllati.¹⁰

I problemi relativi alla indipendenza del collegio sindacale sono innegabili e non si intende in questa sede attenuarne la portata. Anzi la questione va oggi affrontata anche alla luce del riproporsi delle medesime *commistioni* nell'ambito dei modelli societari introdotti con la riforma. Ma è altresì doveroso constatare che la soluzione, da molti ritenuta auspicabile, o comunque più opportuna, di istituire un organo *ad hoc* potrebbe non risolvere il problema di fondo del "controllo del controllore". L'autonomia e l'indipendenza dell'istituendo organo sono funzione dei criteri di nomina adottati: ebbene nell'alternativa tra l'assemblea dei soci e l'organo direttivo, è senza dubbio più opportuno che la nomina dell'organo di vigilanza sia competenza dell'assemblea. Diversamente gli stessi amministratori si troverebbero ad eleggere i propri controllori, a definirne i compensi, etc, con evidente pregiudizio della loro autonomia.

Ma se dunque è all'assemblea che l'organo di vigilanza deve render conto, si ripetono esattamente le condizioni che, riferite al collegio sindacale, inducono a dubitare della reale indipendenza d quest'ultimo.

La soluzione dell'organo *ad hoc* in questo senso non presenta vantaggi sensibili rispetto a quella del collegio sindacale, rischiando viceversa di affaticare sotto il profilo economico ed organizzativo l'ente che si assumesse l'onere di articolare ulteriormente il proprio organigramma.

Per ragioni analoghe si dubita che l'organismo di controllo possa coincidere con l'attuale *internal audit*, il quale, nonostante quanto precisato dalle Istruzioni di vigilanza, presenta un grado di indipendenza inferiore rispetto a quello previsto del decreto, laddove esso debba colloquiare con i vertici aziendali.¹¹

¹⁰ V. S. PUTINATI, *Responsabilità amministrativa della società*, in *I nuovi reati societari*, Cedam, 2002, cit. p. 243; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit. , il quale fa riferimento ad un organismo analogo alle diverse *authorities* che regolano e controllano le attività economicamente più rilevanti del paese, quali la Consob, con la peculiarità di essere del tutto interno alla società

¹¹ In senso favorevole all'attribuzione di tali competenze all'*internal auditing* è l'Associazione Italiana Internal Auditors, che nel proprio *position papers* indica nell'organo di Internal Auditing l'organo connotato da quei requisiti di indipendenza ed autonomia che la normativa prescrive e dotato, inoltre, "della visione di insieme necessaria ad assicurare la corretta tenuta del modello"

Sicuramente deve constatarsi che il tema della prevenzione del rischio penale d'impresa non può essere affrontato ricorrendo alla individuazione di un unico modello valido in tutti i casi: lo stesso decreto, come si è detto, distingue gli enti in relazione alle loro dimensioni, prevedendo che “negli enti di piccole dimensioni” i compiti normalmente affidati all'organismo interno possano essere svolti direttamente dell'organo dirigente. E proprio perché non si fornisce alcun criterio qualitativo o quantitativo idoneo a fissare un confine preciso tra “gli enti di piccole dimensioni” e tutti gli altri, sembra che la valutazione sulla individuazione dell'organo competente a svolgere tale funzione di vigilanza debba essere condotta caso per caso, in relazione alla specifica organizzazione della società in base ad una ponderazione dei costi delle diverse soluzioni praticabili.

4.3. Prova liberatoria e modelli organizzativi.

In ogni caso, andando alla sostanza del provvedimento, il decreto si propone di stimolare l'adozione dei protocolli organizzativi attraverso la previsione di un regime probatorio “privilegiato” per le imprese che se ne sono dotate: la presunzione di responsabilità ammette infatti prova liberatoria consistente, nel caso di adozione dei modelli, nella dimostrazione dell'adozione e della efficace attuazione dei protocolli, e della loro fraudolenta elusione da parte dei soggetti c.d. “apicali”.

Invero, al di là degli intenti dichiarati, l'onere probatorio individuato dal decreto appare estremamente gravoso per l'impresa. Innanzitutto è illogica la prova dell'efficace attuazione del modello, posto che se l'ente viene chiamato a rispondere del reato commesso dal soggetto in posizione di vertice, evidentemente il modello non ha avuto successo, ossia non è stato “efficacemente attuato”. A meno che la disposizione non venga interpretata, come da taluni proposto (v. Circolare Assonime n. 68), in combinato con la lettera c) dello stesso articolo, con la conseguenza che il modello organizzativo sarà efficacemente attuato ogni volta che per la sua elusione occorra un comportamento fraudolento.

E comunque anche la frode del soggetto rappresenta per l'impresa una *probatio diabolica*.

Un esempio può essere utile: si pensi al caso di un dirigente di una catena di Supermercati che per incrementare il volume di affari e di conseguenza il proprio stipendio, dipendente per una percentuale dalle vendite della società, corrompa un impiegato del comune per ottenere la concessione

di un comodo parcheggio. La società, anche se dimostrerà di aver adottato i modelli redatti dalle associazioni di categoria, e di aver preso tutte le possibili precauzioni per prevenire la commissione di tali reati, risponderà ugualmente, a meno che non provi anche la fraudolenta elusione degli stessi da parte del reo. Ebbene fornire una tale prova non solo è estremamente difficoltoso per la società, ma solleva altresì delicatissime questioni relative alle procedure interne di accertamento, posto che mi sembra assai reale il rischio che, nel tentativo di esimersi dalla responsabilità, la società adotti comportamenti di tipo *inquisitorio*, esponendo la società ad ulteriori rischi.

Volendo trarre dunque alcune prime conclusioni va osservato che, oltre numerose questioni interpretative, che pur esistono e che verosimilmente creeranno non pochi disagi nel momento applicativo, il costo e gli oneri probatori in cui incorre l'azienda, nonostante l'adozione dei modelli, non sembrano ridotti rispetto a quelli che graverebbero sulla stessa nell'ipotesi in cui dovesse affrontare il processo senza aver modificato radicalmente la propria struttura organizzativa.

E' senza dubbio opportuno che le società adattino e verifichino la efficacia dei propri protocolli organizzativi così da agevolare la prova della propria diligenza in un eventuale procedimento. Opportunità che va ribadita *a fortiori* con riferimento alla responsabilità per il fatto dei dipendenti, dal momento che il decreto prevede l'esclusione della responsabilità, senza prova contraria, qualora si sia provata l'adozione e l'attuazione di misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

Ma, in un giudizio *a priori*, non sembra che sussistano gli elementi per poter ritenere sempre conveniente l'adozione dei modelli secondo i criteri del decreto, posto che agli elevati costi di attuazione non corrispondono sostanziali vantaggi probatori.

In considerazione del carattere facoltativo, e non vincolante dei modelli elaborati dalle associazioni di categoria, si ritiene che sia comunque diritto della società difendersi fornendo prova liberatoria, attraverso la dimostrazione di aver adottato diligentemente misure idonee ad evitare l'illecito.