

D.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti

Perché dotarsi di un modello organizzativo e gestionale secondo quanto disposto dal D.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti (brevi cenni).

Il D.lgs. n. 231/2001 ha introdotto una grande novità per il diritto d'impresa, ponendo a carico delle società (di ogni tipo, dimensione e attività) una responsabilità amministrativa/penale per una serie di reati commessi da propri amministratori, dirigenti, dipendenti o terzi mandatari, qualora siano stati realizzati nell'interesse o a vantaggio dell'impresa e siano stati resi possibili da carenze della struttura organizzativa dell'impresa stessa

Il Decreto 231 prevede la possibilità per l'ente di **sottrarsi** alla responsabilità amministrativa/penale – e quindi all'irrogazione delle relative sanzioni – qualora, nonostante l'avvenuta commissione di un reato nell'interesse o vantaggio dell'ente, quest'ultimo abbia adottato, prima della commissione del fatto, un **modello organizzativo e di gestione ("MOG")** idoneo a prevenire i reati, dotato delle caratteristiche previste nel Decreto stesso. L'adozione di un idoneo MOG funge pertanto da **esimente** rispetto alla responsabilità penale/amministrativa dell'ente.

Il Decreto 231 prevede che l'ente non risponde di per sé per la mancata adozione di un MOG, bensì solo nel caso in cui la **disfunzione organizzativa** derivante dalla mancata adozione di un MOG o dall'adozione di un MOG inadeguato abbia **agevolato o reso possibile la commissione del reato**. L'adozione di un MOG costituisce quindi tecnicamente non un obbligo, bensì un **onere**, a carico di tutti gli enti rientranti nell'ambito applicativo del Decreto. Di fatto, tuttavia, l'unica possibilità per un ente di sottrarsi alle conseguenze (potenzialmente pesanti) derivanti dalla eventuale commissione di un reato nel suo interesse o vantaggio consiste nell'adozione di un MOG idoneo a prevenire la commissione dei reati; in mancanza, l'ente è soggetto a sanzione.

Peraltro, l'adozione di un idoneo MOG è rilevante ai fini della valutazione di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile di una società, che rientra tra i **doveri degli amministratori**, ai sensi dell'art. 2381, 5° co. c.c.

La vera importanza del Decreto 231 risiede peraltro nel fatto che tale normativa ha valorizzato l'importanza dei **sistemi di monitoraggio** dell'agire imprenditoriale e dei **flussi informativi** all'interno dell'impresa, incidendo profondamente sui comportamenti delle imprese e costringendole a rivedere i propri processi organizzativi per individuare soluzioni efficienti per la gestione dei rischi.

In questo senso, l'adeguamento al Decreto 231 deve essere percepito, da tutte le imprese (indipendentemente dalla loro dimensione o settore di attività) non solo come un "costo necessario" – cioè una mera attività di *compliance* – bensì come un'**opportunità** per migliorare la gestione e l'efficienza aziendale, dal punto di vista organizzativo interno.

Reati-presupposto di cui al Decreto 231 (aggiornato all'ottobre 2022):

- Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o dell'Unione Europea per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture.
- Delitti informatici e trattamento illecito di dati.
- Delitti di criminalità organizzata.
- Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio.
- Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento.
- Delitti contro l'industria e il commercio.
- Reati con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico previsti da codice penale e leggi speciali.
- Delitti contro la personalità individuale.
- Reati di abuso di mercato.
- Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.
- Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché auto-riciclaggio.
- Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti.
- Delitti in materia di violazione del diritto d'autore.
- Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria.
- Reati ambientali.
- Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.
- Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati.
- Reati tributari.
- Reato di contrabbando-diritti di confine.
- Delitti contro il patrimonio culturale.
- Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici.
- Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.
- Reati transnazionali.

I presupposti oggettivi della responsabilità dell'ente ai sensi del Decreto 231

Ai sensi dell'art. 5 comma 1 del Decreto 231, presupposto di punibilità dell'ente è che il **reato** sia stato commesso nell'“**interesse**” o a “**vantaggio**” dell'ente.

La responsabilità dell'ente sorge solo qualora il soggetto (apicale o subordinato) abbia commesso il reato agendo con l'intento di perseguire l'**interesse** della società, oppure qualora quest'ultima ne abbia comunque goduto un **vantaggio**.

Il profilo dell'**interesse** è da valutarsi ex ante (cioè prima della commissione del reato) e copre tutte le condotte finalizzate a far ottenere all'ente un beneficio, a prescindere dagli esiti della condotta delittuosa del soggetto agente. L'esempio classico è quello dell'amministratore che corrompe un pubblico funzionario per far conseguire alla società dallo stesso amministrata delle commesse pubbliche.

Il requisito **vantaggio** è invece da valutarsi (cioè dopo la commissione del reato) e copre le condotte che, sebbene determinate da motivazioni personali dell'autore (persona fisica) comportano comunque un beneficio all'ente, inteso come **profitto** (ovvero come guadagno economico: si faccia il caso dell'amministratore che falsifica il bilancio della società sottostimando le poste attive e simulando difficoltà finanziarie, allo scopo di far ottenere all'ente vantaggiose dilazioni nei pagamenti da parte dei creditori) o come **prodotto del reato** (ovvero come bene materiale che si origina dal reato: ad esempio, nella corruzione per atto d'ufficio, l'atto che è stato compiuto dal pubblico ufficiale e per il quale ha ricevuto il denaro).

Nel primo caso (interesse) siamo quindi in presenza di un risultato potenziale e solo auspicato (ma che in realtà potrebbe anche non verificarsi); nel secondo caso (vantaggio) rileva invece il risultato effettivamente conseguito per effetto della commissione del reato.

L'ente non è invece responsabile qualora il reato sia stato commesso per obiettivi squisitamente personali dell'agente e pregiudizievoli dell'interesse, oltre che dei creditori, anche della società in quanto tale (ad esempio, le falsità preordinate a nascondere ammanchi, distrazioni o anche soltanto gravi errori gestionali).

Secondo l'interpretazione prevalente in dottrina e giurisprudenza, i due termini (interesse/vantaggio) devono interpretarsi in modo (non cumulativo, bensì) **disgiuntivo**. Se quindi il reato è compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre anche che questo ne tragga vantaggio, viceversa, se l'ente ha tratto vantaggio dal reato, non occorre che questo sia stato commesso nel suo interesse.

L'alternativa interesse/vantaggio avrebbe tuttavia allargato a dismisura l'area di punibilità dell'ente, in quanto, qualora l'illecito fosse imputabile all'ente ogniqualvolta ricorresse, indifferentemente, una delle due ipotesi, l'ente risponderebbe anche quando il vantaggio consista in una variabile contingente, in un risultato puramente accidentale, non immediatamente rispondente all'interesse per la cui realizzazione l'esponente aziendale ha commesso il reato.

Così ad esempio, nel caso in cui l'amministratore di una società ottenga fraudolentemente dei finanziamenti pubblici con l'intenzione di appropriarseli e dei quali effettivamente si appropri, soddisfacendo tuttavia con parte di essi un creditore sociale che minacciava di denunciarlo, un'applicazione rigida del criterio di non cumulatività dei due requisiti interesse/vantaggio porterebbe alla responsabilità della società in quanto occasionalmente beneficiaria del reato, ma in realtà del tutto estranea alla sua realizzazione.

Per limitare tale conseguenza abnorme, l'art. 5, 2° comma del Decreto 231 prevede che la responsabilità dell'ente **non** sussiste qualora il reato sia stato commesso nell'**esclusivo interesse dell'agente o di un terzo**.

Pertanto, l'ente che tragga un vantaggio dal reato, che però non sia stato commesso per perseguire (anche) l'interesse dell'ente stesso, bensì nel solo interesse della persona fisica o di terzi, non può essere sanzionato ai sensi del Decreto 231. L'esclusività dell'interesse in capo al soggetto agente rende dunque irrilevante, ai fini dell'applicazione della sanzione, l'eventuale vantaggio ottenuto di riflesso dall'ente. Anzi, in questi casi l'ente assume normalmente la veste di parte lesa.

Ad esempio, non è punibile l'ente qualora l'amministratore della società ponga in essere una truffa per ottenere finanziamenti pubblici destinati *ab initio* a venire distratti dal patrimonio della società, oppure commetta falso in bilancio al solo fine di occultare una appropriazione già avvenuta.

In definitiva, dunque, **l'ente è responsabile quando:**

- la **persona fisica che ha commesso il reato ha agito per favorire** (anche) l'ente stesso, **anche se** dalla condotta criminosa l'ente non ha ricavato alcun vantaggio;
- ha comunque **ricevuto un vantaggio dalla commissione del reato, a meno che la persona fisica** che ha agito **non fosse mossa dal proprio** esclusivo **interesse personale** (o di terzi).

L'accertamento dell'interesse/vantaggio va necessariamente eseguito **in concreto**, potendo una medesima fattispecie astratta di reato risultare funzionale all'ente piuttosto che alla persona fisica del reo, così come non può escludersi che, per le specifiche modalità delittuose, il reato presenti un concorso di vantaggi in capo tanto all'ente quanto all'agente. Vi sono quindi, aldilà di alcune situazioni chiare, tutta una varietà di **situazioni ibride** di difficile qualificazione. Si pensi ad esempio alle seguenti situazioni:

- amministratore che opera per un interesse proprio (ad esempio di tipo distrattivo) e tuttavia deliberatamente decide di destinare parte delle somme illecitamente conseguite presso enti pubblici ad investimenti aziendali;
- responsabile di unità produttiva per coprire le proprie responsabilità e non perdere il proprio posto di lavoro, corrompe un ufficiale sanitario affinché si astenga dal rapporto di gravi irregolarità emerse nel corso di una ispezione e tali da determinare la chiusura di quello stabilimento.

In questi casi e in casi analoghi, l'accertamento della sussistenza dei requisiti per la punibilità dell'ente è notevolmente complesso deve essere condotto caso per caso.

I presupposti soggettivi della responsabilità dell'ente ai sensi del Decreto 231

Affinché sia punibile l'ente, il reato deve essere commesso da **persone fisiche** che rivestono **funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione** dell'ente ovvero da persone **sottoposte alla direzione o alla vigilanza** delle prime.

L'ente è quindi **responsabile** per i reati commessi (nel suo interesse o vantaggio) dai seguenti **soggetti**:

- soggetti in **posizione apicale**, con **funzioni di rappresentanza, direzione, amministrazione, gestione e controllo, anche di fatto, dell'ente** (amministratori, direttori generali, liquidatori, socio unico, socio tiranno, amministratore di fatto), **o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale** (istitori, direttori di stabilimento o ramo aziendale, responsabili di filiale): tali soggetti devono essere in concreto investiti di **funzioni gestorie e di controllo**, il che esclude la rilevanza dei reati posti ad esempio in essere dai revisori, dagli addetti all'internal auditing e sindaci;

- soggetti **sottoposti a direzione o vigilanza** dei soggetti apicali (c.d. **soggetti sottoposti**: dipendenti, collaboratori, agenti, *franchisees*, concessionari di vendita, ecc.): si tratta di soggetti che non rappresentano l'ente, o comunque le cui scelte **non determinano la politica aziendale**, essendo esse stesse espressione ed attuazione di decisioni prese da un gruppo di comando al quale essi non partecipano.

L'**esimente** da responsabilità si atteggia **diversamente** a seconda che il **reato** sia stato commesso da un soggetto **apicale o sottoposto**.

Qualora il reato sia stato commesso da **soggetti apicali**, anche se all'ente non viene automaticamente addossata la responsabilità del reato commesso dal proprio vertice, **la colpevolezza organizzativa dell'ente è presunta**, in quanto si presume che il loro operato, dato il rapporto di immedesimazione organica con l'ente, sia espressione della politica dell'impresa.

In questo caso, dunque, ai fini della responsabilità dell'ente **l'accusa dovrà provare che:**

- è stato commesso uno dei reati-presupposto;
- l'autore è una persona in posizione apicale;
- il reato è stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

L'**ente** dovrà invece **dimostrare:**

- di avere adottato un efficace MOG (mancanza di colpa da organizzazione);
- che il comportamento del soggetto apicale è stato frutto di un comportamento **fraudolento**, cioè che tale soggetto abbia agito con la consapevolezza e la volontà di eludere, di "forzare" la rete di precauzioni che la società si è imposta per impedire la commissione di quel reato, spezzando così il legame tra la condotta del reo e l'ente.

Viceversa, qualora il reato sia stato commesso da un **soggetto sottoposto**, spetta all'accusa l'onere della prova (non soltanto degli stessi fatti costitutivi previsti in caso di reato commesso dai vertici, ma anche) che il reato sia stato commesso a seguito dell'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza sull'operato del subordinato da parte dei vertici. L'ente andrà invece esente da responsabilità qualora dimostri di avere adottato ed efficacemente attuato un MOG idoneo alla prevenzione del reato.

In questo caso, dunque, la c.d. colpa organizzativa dell'ente (l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza sul sottoposto che ha commesso il reato) deve essere provata dal PM, poiché non vige alcuna presunzione di riferibilità del reato all'ente. Viceversa, qualora l'ente dimostri di avere adottato un MOG idoneo ed efficace, non si fa più luogo ad alcuna valutazione circa l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza.

Il Modello organizzativo e gestionale (MOG) quale esimente da responsabilità

Affinché l'ente possa andare esente da responsabilità, l'ente deve invocare l'**esimente** consistente nel fatto di avere **adottato un MOG idoneo a prevenire reati** della stessa specie di quello commesso.

Il MOG deve essere effettivamente idoneo, in concreto, a prevenire i reati: non può quindi essere un'operazione di 'mera facciata', un rituale di portata meramente burocratica, bensì uno strumento che dotato di reale efficacia preventiva.

Il MOG deve essere specifico, ovvero costruito “su misura”, calibrato sulle specifiche esigenze dell’ente (dimensioni, tipo di attività, etc.).

L’art. 6, comma 2 del Decreto 231 prevede che un MOG deve possedere le seguenti **caratteristiche minime** per essere **efficace** (cioè per fungere da esimente):

- individuazione delle **attività** nel cui ambito possono essere commessi reati (c.d. **mappatura delle aree di rischio**);
- previsione di specifici **protocolli** diretti a **programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni** dell’ente in relazione ai reati da prevenire;
- Individuazione delle modalità di **gestione delle risorse finanziarie** idonee ad impedire la commissione dei reati;
- previsione di **obblighi di informazione nei confronti dell’organismo** deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli (OdV);
- previsione di un **sistema disciplinare** idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel MOG.

In linea generale, nei sistemi di controllo a tutela dei rischi di business, il **rischio** si definisce **accettabile** quando i controlli aggiuntivi “costano” più della risorsa da proteggere (ad esempio: le comuni automobili sono dotate di antifurto, non anche di un vigilante armato).

Nel caso del Decreto 231, la logica economica dei costi non può però essere un riferimento utilizzabile in via esclusiva. D’altra parte, ai fini della applicazione delle norme del Decreto 231 deve essere definita una soglia effettiva che consenta di porre un limite alla quantità/qualità dei controlli preventivi da introdurre per evitare la commissione dei reati considerati, altrimenti virtualmente infinita, con le intuibili conseguenze in termini di operatività aziendale.

Con riferimento al sistema di controllo preventivo da costruire in relazione al rischio di commissione delle fattispecie di reato contemplate dal Decreto 231, la soglia concettuale di accettabilità del rischio, nei casi di reati **dolosi**, è rappresentata da un **sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non fraudolentemente** (cioè attraverso **artifici e/o raggiri**).

In altri termini, il MOG e le relative misure devono essere tali che l’agente non solo dovrà “volere” l’evento reato (ad es. corrompere un pubblico funzionario) ma potrà attuare il suo proposito criminoso soltanto aggirando fraudolentemente le indicazioni dell’ente (ad es. aggirando la procedura sull’autorizzazione alla firma).

Il Decreto 231 non dispone nulla circa l’**organo competente** all’adozione del MOG. Nelle società (in particolare nelle S.p.A.) l’opzione più ragionevole (da ritenersi comunque corretta) sembra essere quella dell’adozione mediante deliberazione dell’**organo amministrativo**, non essendo necessaria una delibera dell’assemblea dei soci. Può essere, peraltro, opportuno il parere preventivo del collegio sindacale (che comunque ha un obbligo di vigilare sulla “corretta amministrazione” e sull’adeguatezza del sistema organizzativo della società) e nelle società quotate eventualmente anche del comitato per il controllo sulla gestione.