

## CAPITOLO VII

### *La responsabilità delle società*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura giuridica della responsabilità degli enti. – 3. Un sistema “penalisticamente” orientato. – 4. I criteri oggettivi di imputazione. – 4.1. I criteri soggettivi: la c.d. “colpa” dell’ente. I modelli di organizzazione, gestione e controllo. – 5. L’organismo di controllo. – 6. Le sanzioni. – 7. La responsabilità dell’ente nei gruppi di imprese.

#### **1. Premessa**

Con il d.lgs. 231/2001 è stata introdotta nel nostro ordinamento, in attuazione della delega contenuta nella l. 300/2000, sulla scia di numerosi ordinamenti di oltre oceano ed europei, la c.d. “*responsabilità amministrativa degli enti collettivi*”. Trattasi di una peculiare forma di responsabilità da reato commesso da determinate persone fisiche (che ricoprono funzioni di vertice o subordinate nell’ambito dell’organigramma della società) nell’*interesse* o a *vantaggio* dell’ente.

Tale responsabilità, a cavaliere tra il penale e l’amministrativo, non discende da qualsivoglia tipologia di reati commessi dalle persone fisiche appartenenti all’ente, ma solo da **alcuni reati**, tassativamente indicati, il cui catalogo è andato estendendosi progressivamente per opera del Legislatore.

Sono stati, infatti, inseriti nel corso del tempo plurime ipotesi criminose non previste nell’impianto originario del d.lgs. 231/01 che prevedeva come reati presupposto solamente *l’Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico* (art. 24) e la *Concussione e Corruzione* (art. 25).

A partire infatti già dal 2001, e cioè dall’anno di entrata in vigore del decreto legislativo, fino ad arrivare agli ultimi inserimenti del 2016, sono state selezionate nuove fattispecie penali *dolose* e anche *colpose* e *contravven-*

zionali come reati presupposto, quali i reati di *Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento falsi* (art. 25-bis), i più significativi *Reati societari* (art. 25-ter), tra cui sono ricompresi il c.d. *falso in bilancio* e la fattispecie di *corruzione tra privati*, i *Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico* (art. 25-quater), *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili* (art. 25-quater1), *Abusi di mercato* (art. 25-sexies), *Delitti contro la personalità individuale* (art. 25-quinquies), *Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio* (art. 25-octies), *Delitti di criminalità organizzata* (art. 24-ter), *Delitti informatici e trattamento illecito di dati* (art. 24-bis), *Delitti contro l'industria e il commercio* (art. 25-bis1), *Delitti in materia di violazione del diritto d'autore* (art. 25 nonies).

Ma la novità più significativa è rappresentata certamente dalla previsione di ipotesi *colpose* o *contravvenzionali* tra i reati presupposto: l'art. 25-septies ha introdotto, infatti, nel catalogo l'*Omicidio colposo e le lesioni gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro* e, infine, è stata prevista la responsabilità degli enti per i reati ambientali con il d.lgs. 121/2011 che ha, in primo luogo, introdotto nel sistema penale due nuove fattispecie contravvenzionali, inserendole tra i reati presupposto ex d.lgs. 231/2001 (art. 727 bis c.p., *Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette* e art. 733 bis c.p., *Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto*) e, in secondo luogo, ha inserito l'art. 25 undecies, disciplinando la responsabilità degli enti per *Reati ambientali* (tra cui sono ricompresi i nuovi cc.dd. *ecoreati* introdotti nel codice penale dalla l. 68/2015)

I reati colposi presentano alcune problematiche, infatti, con il presupposto di imputazione dell'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente (cfr. *infra*).

Competente a decidere sulla responsabilità dell'ente è il giudice penale, davanti al quale si apre un processo penale *parallelo* a quello che concerne la responsabilità personale dell'autore del reato.

Per l'ente sono previste determinate sanzioni (ovviamente, non detentive...) che vanno dalla sanzione pecuniaria, alla sospensione dall'esercizio dell'attività di impresa, fino alla definitiva interdizione, con suo scioglimento. Sono, altresì, previste circostanze attenuanti ed aggravanti.

Le sanzioni sospensive possono trovare applicazione anche in fase cautelare, su richiesta del pubblico ministero.

Insomma, per quanto riguarda la disciplina di questa forma di responsabilità, il settore di competenza è indubbiamente quello penale, e ciò potrebbe

far propendere a considerare la responsabilità dell'ente una vera e propria forma di responsabilità penale, in deroga al vecchio brocardo che stabiliva che *societas delinquere non potest*.

Alcuni istituti che disciplinano i presupposti della responsabilità degli enti presentano indubbia affinità con gli istituti di diritto penale che conosciamo. Si parla infatti di *colpa* dell'ente, esistono "circostanze" applicabili all'illecito dell'ente, etc.. Per questo motivo, tale forma di responsabilità deve ormai essere affrontata anche nella manualistica dedicata alla parte generale del diritto penale, *a fortiori*, se abbia come parametro di riferimento il diritto penale economico, culla naturale del malaffare delle società.

## 2. La natura giuridica della responsabilità degli enti

Il primo problema da affrontare riguarda la natura giuridica di questa peculiare forma di responsabilità a fronte, soprattutto, dell'art. 27, comma 1, della nostra Carta Costituzionale, secondo il quale la responsabilità penale deve essere *personale*.

Infatti, a seconda dell'assimilazione che si fa della responsabilità delle persone con la responsabilità degli enti, derivano determinate conseguenze pratiche.

Secondo un parte della dottrina, allorché si tratti di valutare la responsabilità delle società e non dell'individuo, alcune garanzie proprie della "responsabilità personale" potrebbero subire allentamenti, senza per questo destare particolari perplessità di carattere costituzionale.

Sarebbe giustificato, quindi, un "calo di tensione" sotto il profilo delle garanzie e dei principi allorché la "sanzione" sia comminata contro una persona giuridica e non contro una persona fisica.

Il tema è aperto. Non appare chiaro neppure quali categorie ed istituti del diritto penale classico "della persona fisica" si possano "trapiantare" nel sottosistema della responsabilità amministrativa degli enti.

Ma, del resto, non pare utile enfatizzare le difficoltà teoriche, quanto concentrare l'attenzione sul funzionamento dei principali istituti che fondano e regolano tale forma di responsabilità.

Innanzitutto, vediamo come, ad es., il Legislatore si sia preoccupato di fornire una spiegazione il più possibile equilibrata sulla natura giuridica di questa forma di responsabilità, affermando nella Relazione al d.lgs. 231/2001 (parag. 1.1.) il distacco dal modello di illecito amministrativo "classicamente desunto" dalla l. 689/1981, con la conseguente nascita di un *tertium genus* di responsabilità in grado di coniugare i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo.

La “terza via”, a cavaliere tra le due tradizionali forme di responsabilità, è stata, del resto, tracciata da chi auspica da tempo la creazione di un nuovo diritto sanzionatorio per le società, in ragione delle conseguenze estremamente dannose che alcuni reati possono comportare.

Ed in effetti, le scelte operate dal Legislatore in tema di fissazione dei criteri oggettivi e soggettivi di imputazione esaltano, come vedremo, la filosofia “mista” che sta alla base della opzione per il *tertium genus*, come di recente sostenuto anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel noto caso Thyssenkrupp (n. 38343 del 18.09.2014).

Per stabilire la natura giuridica penale o amministrativa della responsabilità delle società, si può provare a “pesare” in una ideale bilancia gli elementi di matrice penalistica e quelli di natura amministrativa contenuti nella normativa, per stabilire quale dei due settori abbia un peso maggiore, consci, peraltro, che non ci si possa limitare ad un discorso meramente “ponderale” del problema.

Appartiene alla sfera penalistica, *in primo luogo*, l’Autorità competente ad istruire e ad applicare la sanzione, ovvero il pubblico ministero ed il giudice penale (il *simultaneus processus* che si apre nei confronti dell’ente è “*processo penale*”); *in secondo luogo*, la sanzione viene applicata con un provvedimento giurisdizionale (sentenza) derivante dalla diretta applicazione delle norme del codice di procedura penale; *in terzo luogo*, di matrice penalistica sembrano i criteri di imputazione sul piano soggettivo, legati e commisurati ad una responsabilità *per colpa* dell’ente; *in quarto luogo*, di ispirazione penalistica è il sistema per quote, a struttura “bifasica”, della commisurazione e applicazione delle sanzioni pecuniarie, mutuato da altri ordinamenti penalistici europei; così come, *in quinto luogo*, le finalità special-preventive delle sanzioni comminate a carico degli enti depongono per un inquadramento della responsabilità in un quadro penalistico; infine, la natura autonoma di tale responsabilità *ex crimine* dell’ente (art. 8) ne confermerebbe l’appartenenza al campo penalistico.

Alcuni argomenti sembrerebbero, d’altra parte, collocare nel campo amministrativo la responsabilità delle società; la responsabilità penale di un autore (persona fisica), infatti, pone *l’uomo* al centro del giudizio di responsabilità e, cioè, di *colpevolezza*, e oggetto del giudizio sembra *non tanto e non solo un fatto*, ma *l’autore di quel fatto*. Sembrerebbe, quindi, di trovarsi in presenza di “qualcosa di diverso” rispetto alla responsabilità penale “*dell’uomo*”, incentrata sul *rimprovero* che il sistema penale muove all’uomo “*colpevole*”.

Ed, infine, la finalità rieducativa della pena di cui al terzo comma dell’art. 27 Cost., cardine e manifesto, insieme al primo comma, proprio del volto

costituzionale dell'illecito, sembra difficilmente adattabile ad una “*metafora*” della persona fisica quale quella rappresentata dalla persona giuridica, oltre tutto soggetta spesso a repentini e continui cambiamenti di proprietà e *management*.

Chi verrebbe, in tali ipotesi, davvero rieducato dalla sanzione, resta un nodo non facile da sciogliere.

Resta il fatto che, al di là delle possibili sbavature teoriche – che in questo caso non devono affaticare più di tanto – dal punto di vista pratico, la responsabilità degli enti si sta rivelando uno strumento utile per “colpire” il vero *autore* di determinati reati: il *capitale sociale*, soggetto spesso sfuggente, invitato di pietra in molti processi *penali*, celato dietro *manager* a volte troppo spregiudicati.

Per questo, quindi, al termine della disamina dei tratti salienti della responsabilità dell'ente, si può ritenere tutto sommato inutile una disputa serrata sulla natura della responsabilità delle società, nella piena consapevolezza della inadeguatezza sia del modello amministrativo, sia del modello penale, nello “spiegare” tale forma di responsabilità.

In questo caso, esigenze funzionali dell'ordinamento penale, che è sì “garanzia”, ma è soprattutto *difesa sociale*, fanno apprezzare positivamente l'introduzione della responsabilità degli enti e, sulla base di tale riflessione, concentrare l'attenzione sul diritto positivo e, quindi, sullo studio dei suoi istituti.

### 3. Un sistema “penalisticamente” orientato

Il d.lgs. 231/2001 è corredato di una “parte generale” (Capo I) che presenta cospicui punti di tangenza con la disciplina penalistica del codice penale. Emerge, in realtà, una vera e propria ibridazione tra alcune previsioni della l. 689/1981 (*Modifiche al sistema penale*), normativa che ha tracciato le linee guida degli illeciti amministrativi e la parte generale del codice penale. Nella Sezione I del capo I sono descritti i principi e criteri generali della responsabilità dell'ente, che viene, peraltro, definita “amministrativa”.

L'art. 2 (*Principio di legalità*) prevede che l'ente non possa essere ritenuto responsabile se la sua responsabilità e le relative sanzioni non siano espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto (**principio di irretroattività**).

L'art. 3 disciplina il fenomeno della *Successione di leggi* in parallelo con la previsione dell'art. 2 c.p. e l'art. 4 disciplina l'ipotesi **del reato** (presupposto) **commesso all'estero** prevedendo che l'ente non venga chiamato a rispondere per il reato commesso all'estero, se nei suoi confronti proceda

lo Stato del luogo dove tale reato sia stato posto in essere, evitando così una “doppia incriminazione”.

Ai criteri di attribuzione della responsabilità (artt. 5, 6, e 7) saranno dedicati i prossimi paragrafi.

Interessante la previsione di cui all'art. 8 (*Autonomia della responsabilità dell'ente*), nella quale si specifica come l'ente possa venir perseguito anche quando rimanga sconosciuto o non sia imputabile l'autore del reato e quando il reato “presupposto” si estingua per una *causa diversa dall'amnistia*.

La Sezione II è dedicata alle sanzioni – e ai loro meccanismi di quantificazione e scelta – che possono essere irrogate all'ente. L'art. 9 le elenca tassativamente, in ossequio al principio di legalità: **sanzione pecuniaria**; **sanzioni interdittive**, la **confisca** e la **pubblicazione della sentenza**.

Gli artt. 12 e 14, indicano i criteri secondo i quali, rispettivamente quantificare la sanzione pecuniaria e scegliere la sanzione interdittiva più adeguata alla responsabilità dell'ente per il caso concreto (*postea*, par. 6).

Interessante è la previsione di cui all'art. 12 (*Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*) nel quale sono indicate delle vere e proprie **circostanze attenuanti** di variegata natura, *oggettive e soggettive speciali*, ma che in alcuni punti richiamano direttamente il contenuto di alcune attenuanti *comuni* (per tutte queste nozioni cfr. *supra*).

Infatti, è prevista una riduzione *fino alla metà* della sanzione pecuniaria (diminuzione *ad efficacia speciale*) e, in ogni caso, un tetto massimo alla sanzione irrogata, nel caso in cui il reato presupposto abbia cagionato un danno di *particolare tenuità* (attenuante *indefinita*), oppure se l'autore del reato abbia commesso il fatto nel *prevalente interesse proprio o di terzi* (attenuante *soggettiva*) o l'ente abbia ricavato solo un minimo vantaggio (attenuante *oggettiva*).

Il secondo comma dell'art. 12 prevede una diminuzione da un terzo alla metà se, innanzi tutto, prima della dichiarazione dell'apertura del dibattimento di primo grado, l'ente abbia *risarcito integralmente il danno* o abbia *eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato* o comunque si sia *efficacemente adoperato in tal senso* (istituti riparatori ben noti al codice penale e che svolgono una rilevante funzione in tema di sospensione condizionale della pena e oblazione “facoltativa”). Infine, la sanzione viene diminuita se l'ente abbia adottato e reso operativo un *modello organizzativo idoneo a prevenire reati* della specie di quello verificatosi.

La norma, però, mentre prevede un meccanismo per la determinazione della sanzione qualora ricorrano entrambi i fattori attenuanti di cui al secon-

do comma (sanzione ridotta dalla metà a due terzi), nulla dice, a differenza della capillare disciplina del codice penale in materia di aumenti o diminuzioni di pena, nel caso in cui ricorrano anche una o tutte le attenuanti di cui al comma 1, salvo stabilire che la sanzione pecuniaria non potrà essere inferiore a euro 10.329, 00.

Si segnala, inoltre, una **circostanza aggravante** (*speciale*, essendo prevista solo per la responsabilità dell'ente derivante da reato societario), introdotta dall'art. 39 della l. 262/2005, che ha aggiunto all'art. 25-ter del d.lgs. 231/2001, il comma 3, per il quale le sanzioni pecuniarie sono aumentate se l'ente abbia conseguito un *profitto di rilevante gravità*. Anche in questo caso, manca nel *sistema* della responsabilità degli enti collettivi una espressa e specifica previsione che disciplini l'eventuale giudizio di bilanciamento (cfr. *supra*) nel caso ricorrano sia una o più delle circostanze attenuanti sopra indicate, sia l'aggravante *de quo*.

È prevista, inoltre, la **reiterazione** nell'illecito dell'ente (art. 20), che si ha quando l'ente già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commetta un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva. Sono palesi le affinità di struttura con la *recidiva* (*supra*). La reiterazione è uno dei presupposti, di per sé sufficiente, che consentono l'applicazione delle sanzioni interdittive. Per l'ente *recidivo*, che dimostri una chiara propensione all'illegalità, non pare adeguata una mera sanzione pecuniaria.

Disposizioni assimilabili alla parte generale del codice penale riguardano, infine, la **pluralità di illeciti** (art. 21) che riproduce, in buona sostanza, lo schema del *concorso di reati* delineato dall'art. 81 c.p. ed il concorso di illeciti amministrativi di cui all'art. 8 della l. 689/81; la **prescrizione** (art. 22), unica causa *estintiva* dell'illecito prevista dal d.lgs. 231/2001 e il **tentativo** (art. 26), che non riguarda il tentativo di illecito da parte della società ai sensi del d.lgs. 231/2001, ma è "agganciato" alla contestazione del tentativo del delitto presupposto, in quanto le sanzioni irrogate all'ente vengono diminuite *da un terzo alla metà* in relazione alla commissione nelle forme del tentativo dei delitti presupposto.

È, inoltre, previsto dal secondo comma una forma (più benevolmente trattata) di **recesso** (art. 56, comma 4, c.p.) in quanto l'ente non risponde (non viene sottoposto ad alcuna sanzione) quando impedisca volontariamente il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento. Il recesso attivo disciplinato dal codice penale prevede, invece, solo una diminuzione della sanzione, ma il Legislatore ha deciso di premiare in maniera particolare lo sforzo dell'ente teso a imporre la legalità a *management* e sottoposti.

#### 4. I criteri oggettivi di imputazione

L'art. 5 del d.lgs. 231/2001 fissa i criteri "oggettivi" di attribuzione della responsabilità alla persona giuridica, in conformità a quanto stabilito dalla legge delega 300/2000. La norma individua precise categorie di persone fisiche (ai vertici dell'ente o in posizione gerarchicamente subordinata), le condotte illecite delle quali determinano l'inizio del *simultaneus processus* a carico dell'ente, nel corso del quale verrà accertata la "sua" eventuale responsabilità.

Presupposto, affinché dal reato commesso dalla persona fisica derivi la parallela autonoma sanzionabilità dell'ente, è che tale reato sia stato commesso, di regola, **nell'interesse o a vantaggio** dell'ente stesso.

Solo con riferimento ai reati societari, infatti, è previsto (art. 25-ter d.lgs. 231/2001) il solo *interesse* e non anche il vantaggio della società.

Al fine di rispettare il principio costituzionale sancito dall'art. 27 Cost., che richiede la "personalità" della responsabilità penale, anche nella prospettiva dell'illecito amministrativo (*supra*), trova così piena attuazione il modello della **teoria della immedesimazione organica** secondo il quale si determina una "identità" tra autore del reato e destinatario della sanzione.

Le persone fisiche, come detto, sono divise in due categorie: *a*) i soggetti posti al **vertice dell'ente** (o in posizione *apicale*); *b*) i soggetti sottoposti alla **altrui direzione** e controllo.

Nella prima categoria, rientrano, ad es., amministratori, direttori generali, preposti di sedi secondarie (unità organizzative, come vengono definite nella norma), se dotati di effettiva autonomia decisionale, o persone che *di fatto* esercitano la gestione o il controllo della persona giuridica.

Alla seconda categoria, appartengono tutti coloro i quali si trovino in posizione gerarchicamente subordinata ai primi, anche se non formalmente legati da un rapporto di lavoro dipendente purché, ovviamente, soggetti a vigilanza e direzione altrui.

A questo proposito, il Legislatore ha scelto di porre sullo stesso piano i soggetti investiti della qualifica verticistica in modo formale, con soggetti che *di fatto* ne esercitino le prerogative corrispondenti.

Viene, in tal modo, dato rilievo alle **funzioni svolte in concreto** nell'organizzazione dell'ente, senza la necessità di ricorrere alla figura concorsuale del c.d. concorrente "esterno".

Commesso dai vertici, soggetti che esprimono la politica d'impresa e decidono le strategie aziendali, oppure dalle persone sottoposte alla loro direzione e vigilanza, è necessario, come detto, che il reato-presupposto sia stato commesso – di regola – **nell'interesse o a vantaggio dell'ente**.



Agire *nell'interesse* della persona giuridica significa *finalizzare* la propria condotta, fin dal primo momento, a beneficio *anche* dell'ente, agendo, cioè, in modo “teleologicamente” orientato in favore di questo. Si tratta di uno schema che ricorda, in qualche modo, il dolo specifico, ove si agisce al fine del raggiungimento di un certo scopo (accertamento da effettuare *ex ante*) e che finisce con il rendere tale presupposto di imputazione ancipite, con sfumature chiare ed evidenti di riflessi “soggettivi”, oltre che “oggettivi”. Ma, del resto, è chiarissima la Relazione allo schema di decreto legislativo (parag. 3.2.) secondo la quale “è appena il caso di aggiungere che il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica”.

Di contenuto, invece, marcatamente “oggettivo” è l'idea di *vantaggio*. Ad es., si immagini che la persona fisica non abbia agito *nell'esclusivo e specifico interesse* dell'ente, ma abbia posto in essere la condotta criminosa, per finalità strettamente personali (avanzamenti di carriera; raggiungimento di *target* produttivi per ottenere premi e gratifiche varie, etc.): se in ragione della commissione del reato – presupposto (ad es., una corruzione) l'ente ne abbia comunque tratto *un vantaggio*, si dovrà ritenere integrato il presupposto oggettivo di ascrizione della responsabilità per l'ente (l'accertamento del vantaggio è effettuato *ex post*).

Dopo l'introduzione dei reati colposi – sia in materia di salute e sicurezza sul lavoro, sia in materia ambientale – nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti, si sono posti non pochi problemi di compatibilità tra la condotta colposa del soggetto agente e il criterio di imputazione dell'agire nell'interesse o a vantaggio dell'ente, inducendo alcuni autori ad avanzare dubbi sulla efficienza di tale criterio di imputazione a poter collegare l'illecito all'ente.

Tra le soluzioni al problema, è stato proposto di valorizzare il criterio dell'interesse non più in una dimensione soggettiva, bensì oggettiva. Il criterio di imputazione così ricostruito andrebbe riferito, per logica conseguenza, alla condotta colposa e non tanto agli eventi illeciti prodottisi, ma non voluti, nella prospettiva della logica del profitto che induce il *management* dell'impresa al risparmio dei costi dell'attività produttiva. L'interesse perseguito si esprimerebbe, quindi, nella finalità di contenimento dei costi per l'impresa. Non dissimilmente, lo stesso criterio dell'interesse si dovrebbe ricercare in tali politiche aziendali finalizzate alla massimizzazione del contenimento dei costi.

Al contrario, si spezza il vincolo derivante dal rapporto di immedesimazione nel momento in cui la persona fisica, al vertice o meno della persona giuridica, abbia posto in essere la condotta criminosa *nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*.