ADONELLA PRESUTTI - ALESSANDRO BERNASCONI

MANUALE DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

TERZA EDIZIONE

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ADONELLA PRESUTTI - ALESSANDRO BERNASCONI

MANUALE DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

TERZA EDIZIONE

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

PRIMA
CHE IL LIBRO SCIENTIFICO MUOIA

Il libro scientifico è un organismo che si basa su un equilibrio delicato. Gli elevati costi iniziali (le ore di lavoro necessarie all'autore, ai redattori, ai compositori, agli illustratori) sono recuperati se le vendite raggiungono un certo volume.

La fotocopia in un primo tempo riduce le vendite e perciò contribuisce alla crescita del prezzo. In un secondo tempo elimina alla radice la possibilità economica di produrre nuovi libri, soprattutto scientifici.

Per la legge italiana la fotocopia di un libro (o parte di esso) coperto da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è reato.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, fax 02 89280864, e-mail: autorizzazioni@aidro.org.

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

FSC

ISBN 9788828858782

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2025
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it
Finito di stampare nel mese di febbraio 2025

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Tipografia Galli & C. S.r.l. - Varese

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

INDICE SOMMARIO

Prefazione alla terza edizione XIII
Prefazione alla seconda edizione XVII
Prefazione XIX
Gli Autori XXI

PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO
SOCIETAS DELINQUERE (ET PUNIRI) POTEST
di *Alessandro Bernasconi*

1. Ragioni e criteri di ascrizione della responsabilità per reato degli enti: brevi cenni storici 3
2. La scelta compiuta dall'ordinamento italiano 6
3. (*Segue*): il problema del soggetto 7
4. Profili premiali della normativa e prassi giudiziarie 12

CAPITOLO SECONDO
LE FONTI
di *Alessandro Bernasconi*

1. Le fonti della responsabilità degli enti 15
2. (*Segue*): le fonti mediate (gli atti internazionali e la normativa comunitaria). 16
3. (*Segue*): il ruolo della normativa sovranazionale rispetto ai reati-presupposto. 17
4. Le fonti immediate: la l. delega n. 300 del 2000, il d.lgs. n. 231 del 2001; le altre fonti di legislazione ordinaria 21
5. Il ruolo della Costituzione 27
6. Il codice di procedura penale 33
7. La normativa regionale 34
8. I provvedimenti delle autorità di vigilanza; il *rating* di legalità e il *rating* di impresa 37

CAPITOLO TERZO
PRINCIPI GENERALI
di *Alessandro Bernasconi*

1. I soggetti destinatari della normativa 41
2. Il principio di legalità 45

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

3. La successione di leggi 47
4. L'efficacia della legge nello spazio 48

CAPITOLO QUARTO

I REATI-PRESUPPOSTO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

di *Alessandro Bernasconi*

1. I reati-presupposto della responsabilità dell'ente; brevi cenni agli interventi legislativi esterni al d.lgs. n. 231 del 2001 53
2. Reati "tipici" dell'impresa lecita e fattispecie eccentriche 61
3. Tentativo e impedimento volontario del reato 64

CAPITOLO QUINTO

LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE. I CRITERI D'IMPUTAZIONE. IL GRUPPO DI IMPRESE

di *Alessandro Bernasconi*

1. La responsabilità dell'ente: criteri oggettivi e soggettivi d'imputazione . . 67
2. (*Segue*): i requisiti del vantaggio e dell'interesse 70
3. (*Segue*): i due criteri in rapporto ai reati colposi 71
4. (*Segue*): la clausola di irresponsabilità dell'ente 74
5. Le categorie dei soggetti in posizione apicale 75
6. I subordinati. 80
7. Un fenomeno non regolamentato: il gruppo di imprese 81
8. (*Segue*): l'inafferrabilità del concetto di "interesse di gruppo" 84

CAPITOLO SESTO

L'AUTONOMIA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

di *Alessandro Bernasconi*

1. Le funzioni di politica criminale dell'istituto: la mancata identificazione dell'autore del reato 89
2. (*Segue*): gli "altri casi" previsti dall'art. 8 93
3. (*Segue*): l'inapplicabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.). 94

CAPITOLO SETTIMO

L'ESIMENTE: IL MODELLO ORGANIZZATIVO PER I REATI DEGLI "APICALI"

di *Alessandro Bernasconi*

1. Il modello organizzativo e gestionale nella prospettiva processuale: inquadramento generale 97

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2. La prospettiva "sostanziale": il modello come esimente della responsabilità e l'obbligatorietà della confisca 101
3. (*Segue*): adozione, idoneità ed efficacia del modello: l'accertamento del nesso causale 102
4. Il modello dal punto di vista aziendalistico 107
5. (*Segue*): finalità e contenuti del modello: lineamenti generali 110
6. (*Segue*): la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità (c.d. *whistleblowing*) 116
7. (*Segue*): la metodologia per la realizzazione del modello 120
8. (*Segue*): esemplificazioni sui modelli organizzativi in rapporto a specifici rischi di reato 123
9. (*Segue*): esemplificazioni sui contenuti dei protocolli di una società di servizi. 126
10. Il codice etico 131
11. Il sistema disciplinare 133
12. (*Segue*): le infrazioni degli apici e le sanzioni disciplinari 135
13. La formazione del personale 139
14. Il modello organizzativo nel gruppo di imprese (cenni) 141
15. Il modello organizzativo negli enti di piccole dimensioni (cenni) 143
16. I codici di comportamento delle associazioni di categoria ("linee guida"). 145
17. Il modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro 147
18. (*Segue*): rapporti e intersezioni con la normativa sulla responsabilità degli enti 151
19. Le misure previste dalla legge per il contrasto alla corruzione 158
20. La *compliance* "integrata" e l'impresa "sostenibile": cenni critici. 164

CAPITOLO OTTAVO

L'ORGANISMO DI VIGILANZA

di *Alessandro Bernasconi*

1. I requisiti dell'organismo di vigilanza 171
2. L'organismo di vigilanza e gli altri organi di controllo; il collegio sindacale; il controllo nelle banche 174
3. La composizione 181
4. Nomina, durata in carica, revoca; regolamento interno; compenso dei componenti; risorse economiche (*budget*) 184
5. I compiti di vigilanza. 186
6. (*Segue*): effettività della vigilanza e flussi informativi. 189
7. La cura dell'aggiornamento del modello. 193
8. Rapporti con altri organi dell'ente e obblighi di "riporto" 194
9. L'organismo di vigilanza nel gruppo di imprese 195
10. L'organismo di vigilanza nella piccola impresa 197
11. La responsabilità penale dei componenti; l'eliminazione degli obblighi informativi e della responsabilità nella normativa antiriciclaggio 198

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO NONO

L'ELUSIONE FRAUDOLENTA DEL MODELLO

di *Alessandro Bernasconi*

1. La *ratio* di un (problematico) requisito e l'interpretazione della giurisprudenza. 201
2. (*Segue*): la dimostrazione dell'elusione fraudolenta e l'inversione dell'onere della prova 204

CAPITOLO DECIMO

REATI DEI DIPENDENTI E MODELLI DI ORGANIZZAZIONE

di *Alessandro Bernasconi*

1. I reati commessi dai dipendenti e l'onere della prova 207
2. La funzione esimente del modello organizzativo e i suoi requisiti 209

CAPITOLO UNDICESIMO

L'APPARATO SANZIONATORIO

di *Alessandro Bernasconi*

1. Lineamenti generali 213
2. La sanzione pecuniaria 216
3. (*Segue*): i casi di riduzione 218
4. Le sanzioni interdittive 220
5. (*Segue*): i presupposti applicativi 223
6. (*Segue*): i criteri di scelta 224
7. (*Segue*): i casi di non applicazione; in particolare, le condotte riparatorie . 226
8. (*Segue*): l'applicazione della sanzione in via definitiva 229
9. (*Segue*): un'alternativa alla sanzione interdittiva: il commissario giudiziale. 231
10. (*Segue*): l'inosservanza delle sanzioni interdittive 233
11. La pubblicazione della sentenza di condanna 234
12. La confisca 235
13. (*Segue*): la nozione di profitto confiscabile 238
14. (*Segue*): l'appartenenza dei beni da sottoporre ad ablazione 240
15. La reiterazione degli illeciti 242
16. La pluralità di illeciti 242
17. Il regime della prescrizione 244

CAPITOLO DODICESIMO

RESPONSABILITÀ E VICENDE MODIFICATIVE DELL'ENTE

di *Alessandro Bernasconi*

1. La responsabilità patrimoniale dell'ente 249
2. Le vicende modificative dell'ente; la trasformazione 250
3. (*Segue*): la fusione 253
4. (*Segue*): la scissione 254
5. (*Segue*): disposizioni comuni a fusione e scissione 255

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

6. (*Segue*): la cessione di azienda 256
7. L'estinzione dell'azienda 257

PARTE SECONDA

CAPITOLO TREDICESIMO

IL PROCEDIMENTO DI ACCERTAMENTO DELL'ILLECITO: LE DISPOSIZIONI GENERALI

di *Alessandro Bernasconi*

1. Le disposizioni processuali applicabili: norme *ad hoc* e codice di procedura penale 263
2. L'estensione all'ente della disciplina relativa all'imputato 266

CAPITOLO QUATTORDICESIMO

I SOGGETTI, LA GIURISDIZIONE E LA COMPETENZA

di *Alessandro Bernasconi*

1. Le attribuzioni del giudice penale 269
2. La regola del processo cumulativo; le eccezioni 270
3. I casi di improcedibilità 276
4. Rappresentanza e partecipazione dell'ente al procedimento 278
5. Le conseguenze della mancata costituzione nella fase delle indagini preliminari 282
6. (*Segue*): la mancata costituzione e la contumacia 284
7. Le notificazioni 290
8. La difesa nella fase delle indagini preliminari 295
9. (*Segue*): il conflitto di interessi del legale rappresentante-imputato e i riflessi sull'esercizio del diritto di difesa 298
10. L'inammissibilità della costituzione di parte civile 301

CAPITOLO QUINDICESIMO

INCOMPATIBILITÀ A TESTIMONIARE E REGIME DEL RAPPRESENTANTE LEGALE

di *Adonella Presutti*

1. L'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato-presupposto . . . 303
2. Limiti all'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale: il rappresentante legale testimone 305
3. Il rappresentante legale « incompatibile » 307

CAPITOLO SEDICESIMO

LE MISURE CAUTELARI INTERDITTIVE

di *Adonella Presutti*

1. Lineamenti generali del sistema cautelare 309

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2. Le misure cautelari interdittive: le tipologie 312
3. Le condizioni oggettive di applicabilità 314
4. I gravi indizi 317
5. Le esigenze cautelari 319
6. L'iniziativa cautelare 321
7. Il giudice competente 323
8. L'udienza camerale 324
9. Il contraddittorio preventivo 326
10. I criteri di scelta 328
11. L'ordinanza cautelare e gli adempimenti esecutivi 329
12. La nomina del commissario giudiziale 334
13. Le vicende modificative: la sospensione della misura 337
14. (*Segue*): la sostituzione della misura e la modifica delle sue modalità applicative o del termine di durata 342
15. Le ipotesi di estinzione: la revoca 344
16. (*Segue*): il decorso del termine di durata 346
17. (*Segue*): la pronuncia di determinati provvedimenti 349
18. Le impugnazioni: l'appello 351
19. (*Segue*): il ricorso per cassazione 354

CAPITOLO DICIASSETTESIMO

LE MISURE CAUTELARI REALI

di *Adonella Presutti*

1. Il sequestro preventivo: finalità e oggetto 357
2. I presupposti 362
3. Il procedimento applicativo e l'esecuzione 368
4. Le ipotesi di estinzione 372
5. Le impugnazioni 373
6. Il sequestro conservativo: finalità e oggetto 377
7. I presupposti e il procedimento 378
8. L'estinzione 379
9. Le impugnazioni 380

CAPITOLO DICIOTTESIMO

INDAGINI E UDIENZA PRELIMINARE

di *Alessandro Bernasconi*

1. Le disposizioni per la fase preliminare 383
2. L'annotazione nel registro delle notizie di reato e i termini delle indagini per l'accertamento dell'illecito amministrativo 386
3. L'informazione di garanzia 391
4. Gli epiloghi delle indagini preliminari: l'archiviazione disposta dal pubblico ministero 394
5. (*Segue*): la contestazione dell'illecito amministrativo 398
6. (*Segue*): la decadenza dalla contestazione 400

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

7. I provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare: la sentenza di non luogo a procedere. 401
8. (*Segue*): il decreto che dispone il giudizio 405

CAPITOLO DICIANNOVESIMO

I PROCEDIMENTI SPECIALI

di *Adonella Presutti*

1. Lineamenti generali. 407
2. Riti speciali e riunione/separazione dei procedimenti 412
3. Il giudizio abbreviato: le norme applicabili 417
4. (*Segue*): i presupposti. 419
5. (*Segue*): le condotte riparatorie *ex* art. 17 425
6. (*Segue*): i termini per la richiesta e la legittimazione 427
7. (*Segue*): tipologie della richiesta, poteri delle parti ed effetti preclusivi . . 429
8. (*Segue*): l'udienza 433
9. (*Segue*): le sentenze conclusive e il regime delle impugnazioni 436
10. L'applicazione della sanzione su richiesta: le norme applicabili 438
11. (*Segue*): i presupposti. 441
12. (*Segue*): i termini, l'oggetto della richiesta e la legittimazione. 446
13. (*Segue*): il controllo e la decisione del giudice 449
14. (*Segue*): gli effetti premiali del rito e il regime delle impugnazioni. 450
15. Il procedimento per decreto: le norme applicabili e i presupposti 456
16. (*Segue*): la richiesta di decreto di applicazione della sanzione pecuniaria e la decisione del giudice 459
17. (*Segue*): gli effetti premiali del rito e l'opposizione. 462
18. Il giudizio immediato e il giudizio direttissimo 466

CAPITOLO VENTESIMO

IL GIUDIZIO

di *Alessandro Bernasconi*

1. Inquadramento generale 469
2. La sentenza di proscioglimento anticipato. 471
3. La sospensione del processo per le attività riparatorie. 472
4. Gli epiloghi: la sentenza di esclusione della responsabilità 473
5. (*Segue*): la sentenza di non doversi procedere. 475
6. (*Segue*): provvedimenti sulle cautele (rinvio) 476
7. (*Segue*): la sentenza di condanna 476
8. (*Segue*): la sentenza in caso di vicende modificative dell'ente 477

CAPITOLO VENTUNESIMO

LE IMPUGNAZIONI

di *Adonella Presutti*

1. Principi e regole generali 479
2. I soggetti legittimati 480

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

3. Impugnabilità oggettiva e mezzi di impugnazione 484
4. L'estensione dell'impugnazione 489
5. La revisione 491

CAPITOLO VENTIDUESIMO

L'ESECUZIONE

di *Adonella Presutti*

1. Lineamenti generali. 495
2. Il giudice competente e le procedure 496
3. L'esecuzione delle sanzioni pecuniarie 498
4. L'esecuzione delle sanzioni interdittive e il meccanismo della loro conversione . 499
5. La nomina del commissario giudiziale 502
6. L'esecuzione della pubblicazione della sentenza di condanna 504
7. L'anagrafe delle sanzioni amministrative; il regime delle iscrizioni e delle eliminazioni 505
8. I certificati e la garanzia giurisdizionale 508

CAPITOLO VENTITREESIMO

LE DEROGHE ALLA DISCIPLINA PROCESSUALE PER BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

di *Alessandro Bernasconi*

1. Le ragioni delle deroghe processuali per talune realtà economiche 511
2. La fase investigativa: i rapporti tra pubblico ministero e autorità di vigilanza . . 515
3. Le misure cautelari 517
4. L'acquisizione al processo di « aggiornate informazioni » sulla situazione organizzativa dell'ente 520
5. La fase esecutiva e i poteri dell'autorità amministrativa 521

CAPITOLO VENTIQUATTRESIMO

PROFILI DEL PROCEDIMENTO PER GLI ABUSI DI MERCATO

di *Alessandro Bernasconi*

1. Linee generali 527
2. Cenni sulla procedura sanzionatoria degli illeciti amministrativi 532

CAPITOLO VENTICINQUESIMO

CENNI SULL'AMMINISTRAZIONE E IL CONTROLLO GIUDIZIARI DELLE AZIENDE NELLA NORMATIVA ANTIMAFIA

di *Alessandro Bernasconi*

1. L'antimafia "in" azienda; l'amministrazione giudiziaria 537
2. Il controllo giudiziario delle aziende 542

Indice analitico 545

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

PREFAZIONE ALLA TERZA EDIZIONE

Diagnosticato oltre sei anni fa — in coincidenza con la pubblicazione della precedente edizione del Manuale *— il precario stato di salute della normativa sulla responsabilità da reato degli enti si è ulteriormente aggravato con plurime manifestazioni le cui cause sono individuabili vuoi negli inciampi del legislatore vuoi nella corrività della prassi applicativa.*

Numerose, pertanto, le innovazioni legislative di cui l'Opera ha dovuto rendere conto, ma di quelle (due) di maggiore spicco non è possibile sottacere le vistose criticità. Il riferimento è, in primo luogo, alla l. 9 gennaio 2019 n. 3 — sinistramente nota come "spazzacorrotti" — che ha alterato l'equilibrio dell'apparato sanzionatorio mediante inasprimenti repressivi la cui caratura denota, con specifico riguardo alla comminatoria edittale delle sanzioni interdittive, una preoccupante inconsapevolezza del legislatore circa il funzionamento dell'impresa. Da rimarcare, in secondo luogo, la "mirabile" disattenzione legislativa mostrata in occasione della impegnativa riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio, promossa dalla l. 27 settembre 2021 n. 134 (c.d. "legge Cartabia"): non riscattano da una pressoché totale assenza di coordinamento tra le molteplici modifiche apportate al codice di procedura penale dalla normativa di sua attuazione (d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 e successivi interventi di correzione/integrazione) e il rito contra societatem, *i minimi ritocchi che lo hanno lambito. Complessa quindi e non esente da intuibili "rischi", la lettura sistematica di cui il* Manuale *si è dovuto fare carico prospettando soluzioni interpretative per gli snodi procedurali più delicati (si veda, a titolo di esempio, la disciplina delle indagini preliminari e dei procedimenti speciali). All'ambito delle innovazioni sopravvenute si connettono, altresì, sia la specifica attenzione dedicata al recente articolato in materia di tutela della identità del segnalante (d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24), sia gli aggiornamenti — ineludibili — provocati dalla inarrestabile proliferazione delle fonti, di matrice europea e nostrana, circa il catalogo dei reati-presupposto, nonché quelli relativi al "codice dei contratti pubblici" e connesso* rating *di impresa (d.lgs. 31 marzo 2023 n.*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

36) e a proposito delle norme di favore per gli stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale (l. 3 marzo 2023 n. 17).

Una indagine mirata si è poi imposta per taluni profili particolarmente sensibili del decreto del 2001: l'efficacia della legge nello spazio, la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, il regime della prescrizione, le vicende modificative dell'ente (estinzione dell'azienda). Gli argomenti di frontiera della compliance *"integrata" e della impresa "sostenibile" — entrambi evanescenti, il secondo impregnato di* ésprit *ideologico — hanno richiesto inoltre una illustrazione (critica) in un paragrafo* ad hoc.

Come già nelle precedenti edizioni, la ricognizione della giurisprudenza di legittimità ha inteso compendiare la rilevanza delle pronunce e il consolidamento, ove manifestatosi, degli orientamenti; attentamente vagliata — per la ripartizione dell'onere probatorio sulla esimente del modello organizzativo e per il ruolo dell'organismo di vigilanza — la soluzione con cui la Suprema corte ha posto fine alla annosa vicenda "Impregilo" (2021), stabilendo che spetta alla pubblica accusa provare il nesso causale tra la violazione della singola regola cautelare e il reato-presupposto addebitato all'ente.

L'aggiornamento non ha trascurato, infine, le "parti speciali" riservate alle regole derogatorie per le banche, al procedimento per abusi di mercato davanti alla Consob, agli istituti della amministrazione e del controllo giudiziari previsti dal d.lgs. 6 settembre 2011 n. 161 ("codice antimafia"). Ed è proprio l'amministrazione giudiziaria (di cui al relativo art. 34) lo strumento sempre più utilizzato dalla magistratura inquirente — vasta la casistica, ricavabile dalle inchieste della Procura della Repubblica milanese, riguardante imprese di primaria importanza nazionale e internazionale nei settori dell'alta moda, della grande distribuzione, della logistica e dei trasporti — per fronteggiare le contaminazioni criminali cui si sono rivelate esposte le citate realtà; la sua duttilità, quanto a presupposti, lo rende il "concorrente" per eccellenza del "decreto 231" sulla responsabilità da reato degli enti.

A questa constatazione si riallaccia — emblematicamente — quanto segnalato in premessa. Le statistiche relative alla applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 rivelano che le sentenze di condanna (così come le contestazioni degli illeciti amministrativi) concernono, nel fitto novero dei reati-presupposto, violazioni in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, di tutela dell'ambiente e dell'industria e del commercio, delitti contro la pubblica amministrazione e truffe ai danni dello Stato. Le sanzioni irrogate sono di regola quelle pecuniarie, del tutto eccezionali le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

interdittive; più della metà dei procedimenti contra societatem *si è conclusa con l'archiviazione o con sentenza di assoluzione. La forte disomogeneità applicativa sul territorio nazionale resta a tutt'oggi il tallone d'Achille della normativa in esame, utilizzata soprattutto in zone caratterizzate da numerosi infortuni sul lavoro e da una elevata "pericolosità fiscale".*

Trova così ulteriore credito quanto osservato da tempo: le difficoltà dell'accertamento della responsabilità dell'ente (individuazione dell'autore del reato-presupposto e dei requisiti dell'interesse o vantaggio, gestione dei procedimenti riuniti contro la persona fisica e quella giuridica) alimentano la disaffezione per il "rito 231" delle procure della Repubblica le quali privilegiano, ove si palesino le condizioni, la scelta di avvalersi della amministrazione giudiziaria antimafia. Si tratta di iniziative pionieristiche che nondimeno puntano sui modelli di organizzazione e di gestione di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 trapiantandoli nel diverso contesto delle misure di prevenzione. Sperimentazione ardita — poiché in grado di provocare una vera e propria torsione funzionale della loro attitudine incentivante la "autonormazione" delle attività di impresa — e tuttavia intuizione felice, poiché idonea a orientare verso un intervento legislativo di razionalizzazione degli strumenti di contrasto dei crimini di impresa. E su di essa si fonda la proposta, avanzata in dottrina, di una diretta collocazione dell'amministrazione e del controllo giudiziari antimafia nell'ambito della disciplina della responsabilità degli enti di cui completerebbe, rafforzandola, la proiezione preventiva e terapeutica.

Milano, dicembre 2024

Gli Autori

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Dopo oltre cinque anni dal suo esordio, i numerosi interventi legislativi nel settore della responsabilità da reato degli enti hanno reso necessario predisporre una seconda edizione del Manuale.

Il successo dell'opera, attestato sia dall'adozione in più di un corso universitario, sia dal mercato editoriale, ha incoraggiato gli Autori a coltivare il metodo trasversale di approfondimento di una materia tanto sfaccettata quanto complessa.

Spazio è quindi dedicato — nella parte sostanziale — alle novità in tema di fonti legislative (modifiche al catalogo dei reati-presupposto), al così detto whistleblowing *(l. 30 novembre 2017 n. 179), ai rapporti con la legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012 n. 190 e piano nazionale anticorruzione), alle più importanti pronunce giurisprudenziali, non senza uno sguardo rivolto alle prassi applicative; dal canto suo, la parte processuale ha richiesto una costante verifica di compatibilità tra i cambiamenti affacciatisi sul versante processual-penalistico e il rito contro le società (si pensi al regime della contumacia, dopo l'abrogazione dell'istituto — limitatamente al codice di procedura penale — ad opera della l. 28 aprile 2014 n. 67 nonché alla disciplina dei procedimenti speciali investiti, nella sede codicistica, dalle innovazioni introdotte dalla l. 23 giugno 2017 n. 103) oltre a una rinnovata attenzione ai delicati profili in ordine alle cautele specie quelle reali (il riferimento è alla l. 30 ottobre 2013 n. 125 sul sequestro preventivo).*

Infine, agli aggiornamenti circa le novità del testo unico degli intermediari finanziari (procedimento davanti alla Consob per market abuse*: d.lgs. 12 maggio 2015 n. 72) si affianca un inedito capitolo dedicato alla amministrazione e al controllo giudiziari delle aziende nella cornice delle "nuove" misure antimafia (l. 17 ottobre 2017 n. 161).*

Il Manuale *rende conto degli accennati interventi di modifica, quelli di incidenza diretta sul d.lgs. n. 231 del 2001 — comunque innesti settoriali — e quelli che in esso rifluiscono, mediati dalla norma di raccordo con la disciplina del codice di rito — a ben vedere casuali e ancora da determinare nella loro portata.*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Eppure, che la disciplina della responsabilità degli enti meritasse una più attenta rivisitazione alla stregua della sperimentazione applicativa era nella stessa convinzione del legislatore: lo conferma l'impegno di sua riforma affidato — nella precedente legislatura — alla Commissione interministeriale nominata allo scopo, i cui lavori sono rimasti imbrigliati nelle buone intenzioni.

Non poche questioni restano, difatti, sul tappeto: tra queste, il catalogo dei reati-presupposto — da depurare da fattispecie eccentriche e da arricchire con quelle di certo pertinenti alla responsabilità delle persone giuridiche (reati tributari e fallimentari, disastro colposo); il novero dei destinatari, in relazione al quale ripensare sia l'impropria inclusione della piccola impresa (di matrice, quasi sempre, familiare) — inadatta alla complessa strutturazione dei modelli di organizzazione — sia l'esclusione tout court *di soggetti (partiti politici) che la recente realtà ha mostrato non sottratti al fenomeno di illeciti commessi nel loro interesse o vantaggio (dai relativi dirigenti nazionali); il requisito della elusione fraudolenta, problematica esimente pressoché sconosciuta alla prassi applicativa; le vistose criticità in tema di confisca e di sequestro preventivo da rimuovere iniettando nei relativi presupposti il doveroso standard garantistico e, ancora, ruolo e funzione dell'organismo di vigilanza, da rivalutare* ab imis.

Di questi più meditati interventi di modifica, il Manuale *avrebbe voluto poter rendere conto, pur nella consapevolezza che la partita dell'agire imprenditoriale nel segno della legalità si gioca già a far conto dell'esistente: un'azione delle procure della Repubblica non circoscritta a porzioni del territorio nazionale e una valutazione della magistratura giudicante mirata all'accertamento in concreto del nesso causale tra lacune organizzative e commissione del reato, se giovano alla certezza del diritto, valgono nondimeno quali efficaci incentivi alla autentica — e previa — strutturazione virtuosa della* societas.

Milano, luglio 2018

Gli Autori

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

PREFAZIONE

*Introdotto per l'esigenza di tenere fede a indilazionabili impegni sovranazionali, il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, dedicato alla « Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica » si offre con un volto proteiforme e dai tratti tuttora incerti. I numerosi interventi novellistici che si sono succeduti a far conto dalla sua entrata in vigore (ultimo, allo stato, la recentissima l. 6 novembre 2012 n. 190 che incide sulle due norme degli artt. 25 e 25-*ter*), dilatandone il raggio operativo, certamente lo hanno affrancato dalle strettoie originarie e hanno contribuito a rafforzare la sua attitudine preventiva della criminalità di impresa.*

Ma a questa sorprendente vitalità legislativa fa riscontro un quadro normativo che resta di elevata complessità per la pluralità dei settori coinvolti (si allude alle interconnessioni tra diritto — penale, processuale penale e societario — ed economia, organizzazione aziendale in specie) e, per di più, ancora alla ricerca del necessario assestamento. Il fronte "sostanziale" è quello più direttamente investito dal dinamismo riformatore e perciò connotato da una fluidità che non ne agevola né la puntuale decifrazione né la concreta applicazione. Le medesime difficoltà si registrano sul versante "processuale" per quanto in situazione di apparente quiete: qui i problemi originano dalla incompiutezza della regolamentazione, legata alla disciplina del codice di rito per il tramite di un rimando che impegna l'interprete in una costante verifica di compatibilità, ma soprattutto apre a una eterointegrazione dagli esiti imprevedibili.

Un simile quadro normativo — frastagliato e mobile — spiega, presumibilmente, i disorientamenti e le disomogeneità delle prassi applicative; frammentata, inoltre, sul territorio nazionale si presenta l'azione delle procure della Repubblica che, sia pure indirettamente, alimenta sacche di resistenza all'allineamento ai dettami legislativi. E, infatti, la portata innovativa del d.lgs. n. 231 del 2001 — davvero dirompente almeno quanto alla affermazione del principio societas delinquere (et puniri) potest *— è ben lontana dall'essere percepita sul piano della sua incidenza concreta nella vita delle imprese, queste finora per lo più*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

indifferenti, se non addirittura ostili, agli adempimenti prescritti come consoni ad un agire imprenditoriale nel segno della legalità. Particolarmente significativo che il settore dei consulenti aziendali in materia risulti, allo stato, ancora sprovvisto delle necessarie competenze e professionalità.

Sono quelle sin qui esposte le ragioni che hanno indotto a offrire uno strumento di studio nuovo, utile per un approccio sistematico alla complessa disciplina "della responsabilità degli enti"; l'uso di questa formula contratta, in luogo di quella tradizionale "responsabilità da reato", è parso meglio rispondente alla intitolazione del Manuale per la sua sinteticità che esalta e riassume la svolta legislativamente compiuta con la configurazione di una forma inedita, appunto, di "responsabilità" degli enti.

Si tratta del primo Manuale istituzionale, frutto di uno sforzo — avvertito con impegno e con la consapevolezza della perfettibilità dei suoi approdi — di razionalizzazione e di lettura sistematica destinato ai Corsi universitari e di specializzazione nonché ai Master, ma rivolto anche agli operatori (avvocati, magistrati, consulenti aziendali) al fine di rendere meno faticoso il compito di districarsi nell'ordito accidentato del d.lgs. n. 231 del 2001.

Milano, dicembre 2012

GLI AUTORI

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

GLI AUTORI

Adonella Presutti, già professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Verona, è autore di numerose pubblicazioni in tema, tra l'altro, di esecuzione penale e ordinamento penitenziario, invalidità, impugnazioni, misure cautelari, rito minorile, giustizia riparativa. Alla normativa della responsabilità delle persone giuridiche, in particolare, ha dedicato da tempo l'attività di ricerca.

Alessandro Bernasconi è professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Brescia. È autore di numerose pubblicazioni in tema, tra l'altro, di esecuzione penale e diritto penitenziario, collaborazione processuale, criminalità organizzata, prove. Da tempo si occupa, in particolare, di diritto penale dell'economia al quale ha dedicato, oltre a saggi, il volume *Il processo penale* de societate (Milano, 2006) di cui è coautore e curatore. È stato presidente di organismi di vigilanza e componente dell'Organismo regionale per le attività di controllo (ORAC) di regione Lombardia.

Entrambi sono coautori e curatori (con C. Fiorio) del volume *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231* (Padova, 2008).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

PARTE PRIMA

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO PRIMO

SOCIETAS DELINQUERE (ET PUNIRI) POTEST

SOMMARIO: 1. Ragioni e criteri di ascrizione della responsabilità per reato degli enti: brevi cenni storici. — 2. La scelta compiuta dall'ordinamento italiano. — 3. (*Segue*): il problema del soggetto. — 4. Profili premiali della normativa e prassi giudiziarie.

1. Ragioni e criteri di ascrizione della responsabilità per reato degli enti: brevi cenni storici.

Con l'espressione *responsabilità "per reato" degli enti* si identifica l'attribuzione a un soggetto collettivo — caratterizzato da un'apprezzabile articolazione organizzativa — della responsabilità per un fatto illecito commesso da una persona fisica appartenente alla sua struttura. La materia, di non comune complessità, è innervata di profili che esulano dal perimetro penalistico tradizionale, primo tra tutti quello di matrice economico-aziendale. Legittimazione sul piano della politica criminale, ricostruzione dei precedenti storici, indagine sociologica nel prisma dei rapporti tra Stato moderno e individuo, intersezioni con taluni istituti di matrice commercialistica, verifica di diritto comparato, inquadramento di carattere dogmatico: l'analisi del dato normativo si dipana tra una congerie di temi che il taglio istituzionale di un'opera manualistica non consente di affrontare. Basti solo pensare alla pietra angolare del diritto penale classico, ovvero l'individuo, e alla granitica consistenza del principio — evocato dal brocardo *societas delinquere non potest* — secondo il quale fattispecie criminale e relativa sanzione sono forgiate esclusivamente per la persona fisica; e, sullo sfondo, al movimento per la codificazione, nel cui contesto le norme erano confezionate secondo i canoni di astrattezza e generalità, e ritagliate su soggetti — per semplificazione, i cittadini — considerati atomisticamente (pertanto non riconducibili a entità organizzate e riconosciute dal diritto). Ma la retrospettiva storica, pur perdendosi nella notte dei tempi, attesta che alle tesi ostative alla responsabilità degli enti se ne

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

contrapponevano altre di segno opposto: così, almeno, dal diritto romano fino all'età classica, per giungere alle soglie del diritto contemporaneo (BRICOLA).

L'impressionante accelerazione tecnologica e produttiva della rivoluzione industriale inglese è il retroterra del fenomeno di cui ci occupiamo; a partire dall'Ottocento l'intera collettività è ormai esposta ai pericoli connessi alle energie utilizzate dal ciclo produttivo; così, quanto di negativo accade dentro e, soprattutto, fuori della fabbrica, diventa un problema che si riversa, appunto, su una moltitudine di soggetti, non solo i lavoratori. S'intreccia a tale evoluzione il lento affermarsi — negli ordinamenti positivi — della società anonima, quale peculiare espressione giuridica delle organizzazioni impegnate nella produzione e nel commercio: in ragione della crescente complessità dei traffici, esse necessitano di dotarsi di uno schermo che separi il capitale destinato all'impresa dal patrimonio dei singoli soci, cioè a dire la responsabilità limitata (ASCARELLI).

D'altro canto i singoli sistemi giuridici non mostrano remora alcuna a riconoscere, *in ambito civilistico*, la responsabilità delle suddette entità collettive. E se un reato commesso da un soggetto in esse inserito potesse impegnare, da un punto di vista *penalistico*, la responsabilità della persona giuridica — rendendola quindi assoggettabile a una sanzione punitiva — era un interrogativo che iniziava ad affacciarsi sempre più di frequente nei paesi interessati dalla prima industrializzazione. I primi disastri ferroviari in Inghilterra portano alla ribalta una nuova forma di criminalità, quella dell'impresa nella quale il contributo del singolo alla realizzazione dell'evento offensivo non è apprezzabile se non nella misura di una sua contestualizzazione all'interno di una ben più ampia struttura organizzata (ROMANO), anzi, è proprio l'esistenza di quest'ultima ad atteggiarsi a *condicio sine qua non* dell'illecito. Grazie alla figura della responsabilità indiretta (*vicarious liability*) le corti inglesi affermano (nel 1842) la responsabilità della società di gestione ferroviaria (DE MAGLIE): ma *non* vi è riferimento, in questo approccio del tutto pragmatico, a elementi di carattere *soggettivo* della colpevolezza. Ciò costituisce il « limite intrinseco » della responsabilità vicaria; infatti, se « l'illecito commesso richiedeva un particolare *intent* nella persona fisica, che agiva per conto dell'ente e quindi per esso realizzava il reato, il sistema della responsabilità vicaria non era più sufficiente a reggere la punizione dell'ente »; la *vicarious responsibility* permetteva di addebitare — in termini oggettivi — « la responsabilità al *superior*: ma qualora l'illecito fosse doloso, assumendo come elemento tipico un'in-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tenzionalità specifica del reo, l'allargamento della responsabilità si inceppava » (ALESSANDRI).

Con una sentenza, sempre nel Regno Unito, si registra un salto epocale (siamo nel 1944) sul piano dei criteri d'imputazione. Compare sulla scena il principio dell'*immedesimazione*: al cospetto di un reato che richiedeva uno specifico dolo « si decise che gli stati mentali dei funzionari che avevano agito per la società potevano essere attribuiti alla società medesima, la quale si identificava con quei funzionari » (ID.). In termini non dissimili la dottrina aziendalistica additerà l'impresa — rovesciando il paradigma smithiano sulla funzione regolatrice del libero mercato — alla stregua di una istituzione umana ed intenzionale, « *the visible hand* » del *management* (CHANDLER A.D. JR.), nella quale la struttura organizzativa « deriva dalla strategia deliberatamente messa in atto » dai vertici aziendali (BASTIA). Il problema si sposta, di conseguenza, sulla necessità di individuare con esattezza le figure di vertice in grado di impegnare — sul fronte penalistico — la responsabilità della *company*. Ma quando la giurisprudenza si trova al cospetto di reati, commessi da soggetti collocati sui gradini inferiori della scala gerarchica aziendale, ecco che anche il criterio ascrittivo dell'immedesimazione si rivela inadeguato: la Camera dei Lord annulla (nel 1971) una sentenza di condanna nei confronti di una società argomentando che « l'autore del reato — direttore di una succursale — non era in una posizione gerarchica sufficientemente elevata per rappresentare la mente e la volontà della società » (ALESSANDRI).

L'ulteriore progresso dei canoni di imputazione della *corporate crime liability* — innescato, come sempre, dalle innovazioni tecnologiche — si registra in occasione di due importanti disastri navali (del 1987 e del 1997); le vicende processuali d'oltremanica, terminate con il proscioglimento delle società alle quali erano stati imputati gli eventi, disvelano che, in assenza di prove di negligenza nei confronti del *top management*, l'*identification principle* non è applicabile in quanto inidoneo a « fronteggiare eventi disastrosi che, pur non coinvolgendo direttamente i vertici, erano frutto di un assetto organizzativo non adeguato rispetto alle esigenze di protezione » (ID.). Il *focus* si sposta così sull'*organizzazione dell'impresa*; la responsabilità degli enti, avvantaggiati da un reato commesso da un loro "dipendente", può sorgere in presenza di canoni di ascrizione che tengano in debito conto il dato organizzativo: si inizia quindi a utilizzare il concetto di « colpa in organizzazione » per descrivere l'*essenza del rimprovero* rivolto all'ente (TIEDEMANN). Il progressivo abbandono delle visioni antropomorfiche

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente viene colto dalla migliore dottrina penalcommercialistica; l'ente non può più essere considerato « una specie di superuomo, al quale il cervello e i muscoli erano forniti dagli amministratori, funzionari o dipendenti, a vario livello, quanto un sistema, una struttura: un'organizzazione che poteva essere fronteggiata solo facendosi carico della sua peculiare natura, compresi i modi di estrinsecazione e manifestazione nel mondo dei fatti »; dal punto di vista euristico — ed anche della metodologia d'indagine — occorre pertanto « affinare una modellistica che prenda sul serio le caratteristiche tipiche delle entità economiche organizzate e non si rifugi in incerte e malferme assimilazioni con istituti che riguardano la persona fisica » (ALESSANDRI).

2. La scelta compiuta dall'ordinamento italiano.

Come si è anticipato, la legittimazione di un sistema punitivo rivolto alle persone giuridiche muove dalla constatazione — di matrice penalistica e criminologica — che l'impresa è un centro capace di « generare o di favorire la commissione di fatti illeciti, anche delittuosi »; infatti, « se la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trarre profitto, ovviamente per il tramite di persone fisiche agenti per l'ente, è nella logica di un tale istituto che all'ente possa essere ascritto sia un agire lecito che un agire illecito, realizzato nella sfera di attività dell'ente stesso » (PULITANÒ). Ed è in attuazione di convenzioni internazionali in materia di lotta alla corruzione e di tutela degli interessi finanziari della Comunità europea che la l. delega 29 settembre 2000 n. 300 traccia le direttive di fondo che siglano l'abbandono del principio secondo il quale *societas delinquere non potest*. Con il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 viene quindi introdotta la responsabilità « amministrativa » dell'ente collettivo per i reati commessi, nel suo interesse o vantaggio, dai soggetti in posizione di vertice e dai dipendenti del medesimo. La responsabilità da reato degli enti, inizialmente circoscritta alle fattispecie di corruzione, concussione, truffa, illeciti finanziamenti pubblici e simili, è stata via via estesa ad altre ipotesi delittuose tra le quali — negli ultimi anni — spiccano quelle in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente. Le sanzioni previste dal citato d.lgs., in caso di riconosciuta responsabilità dell'ente, colpiscono il suo patrimonio o la sua attività: sia la sanzione pecuniaria (da un minimo di 25.800 ad un massimo di 1.549.000 euro), sia quelle interdittive (dall'interdizione dall'esercizio dell'attività, alla

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

revoca di autorizzazioni, concessioni o licenze, al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, all'esclusione da agevolazioni e finanziamenti, al divieto di pubblicizzare beni o servizi) sono applicate dal giudice penale, le seconde anche in via cautelare; ad esse si affianca lo strumento più incisivo dell'arsenale punitivo del 2001: la confisca del profitto del reato ("anticipabile", in sede cautelare, con il sequestro preventivo).

È da tenere presente sin d'ora che persona fisica e *societas* sono ben distinte sul piano della colpevolezza; lo conferma, in termini inconfutabili, il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente (v. art. 8) che consente di perseguire quest'ultimo anche nel caso l'autore materiale dell'illecito non sia stato identificato (l'unico limite a tale principio è costituito dall'estinzione del reato per amnistia).

L'altro "volto" dell'articolato normativo in oggetto è rappresentato dai modelli di organizzazione e gestione. Altrimenti conosciuti, sulla scorta dell'esperienza statunitense, come *compliance programs*, essi sono finalizzati a limitare la responsabilità *ex crimine* della persona giuridica e rivestono anche una funzione preventiva di questo peculiare rischio d'impresa. La normativa del 2001 assegna un'importanza centrale alle condizioni organizzative aziendali: l'adozione di un modello organizzativo inteso ad impedire la commissione di reati e l'istituzione di un organismo di vigilanza rappresentano (alcuni dei) presupposti che consentono all'ente, secondo i casi, di essere esonerato dalla responsabilità o di subire l'irrogazione di una sanzione pecuniaria in misura ridotta. Questa è, in sintesi estrema, l'ossatura della costruzione eretta dal legislatore delegato del 2001.

3. (*Segue*): il problema del soggetto.

Complice il riferimento, nell'intitolazione del decreto legislativo in parola, alla responsabilità « amministrativa » delle persone giuridiche, è scaturita una diatriba circa la natura della suddetta responsabilità; non sono certo riproponibili, in questa sede, le plurime e sfaccettate argomentazioni addotte a sostegno, o contro, la "veridicità" dell'etichetta (« amministrativa ») apposta dal legislatore del 2001. I *topoi* interpretativi esaltano taluni istituti di carattere penalistico, recepiti in seno al sistema (principio di legalità, divieto di retroattività delle norme meno favorevoli: v. artt. 2 e 3), per approdare alla conclusione a favore dell'essenza *penale* della responsabilità degli enti (PALIERO; sostanzialmente anche DE VERO); nella stessa scia, ma con accentuazioni forte-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mente polemiche riguardo alla scelta ideologica — nell'accezione negativa di "falsa coscienza" — di attribuire alla responsabilità dell'ente un *nomen iuris* che ne maschera la vera natura penalistica, si schierano alcuni Maestri del diritto penale (MUSCO; PADOVANI). A questi ultimi se ne contrappongono altri, parimenti autorevoli, i quali propendono decisamente per l'essenza *amministrativa* della suddetta responsabilità (ROMANO) e, per corroborare tale tesi, puntano il dito su determinati istituti, del d.lgs. in oggetto, incompatibili con la disciplina penalistica (prescrizione, vicende modificative dell'ente: v. artt. 22 e 28-33) (MARINUCCI). Altri ancora adombrano l'esistenza di un « modello integrato di responsabilità », quale riflesso del criterio di imputazione « mutuato dal paradigma civilistico della responsabilità oggettiva [*ex* art. 6] » (AMODIO). Valga, infine, un'osservazione formulata a ridosso dell'entrata in vigore della nuova normativa: entrambi i modelli (amministrativo e penale) appaiono « sostanzialmente inadeguati a ricevere l'innesto del nuovo istituto », in quanto « rigidi, l'uno per tradizione, l'altro per il doveroso rispetto di principi garantistici irrinunciabili » (ALESSANDRI).

Il caleidoscopio di tesi porta ad un primo interrogativo, pressoché spontaneo: è una *querelle* euristicamente utile? La risposta non può essere *tranchant*: di certo l'inquadramento dogmatico, se fine a se stesso, si risolve in un esercizio sterile, ma è altrettanto indubitabile, almeno per chi scrive, che l'apposizione di un sigillo (penale, amministrativo, di *tertium genus*) alla responsabilità in parola non favorisce — di per sé — la soluzione di questioni di importanza primaria; prima tra tutte, l'applicabilità (o meno) di fondamentali principi costituzionali, in materia penale e processuale penale, alla materia *de qua* (si pensi, per esempio, al delicatissimo tema del raggio operativo della presunzione di non colpevolezza in fase cautelare, ove l'applicazione "anticipata" delle sanzioni interdittive può essere scongiurata dall'ente offrendo la disponibilità a realizzare condotte *riparatorie* di un reato non ancora accertato in sentenza). Occorre quindi grande prudenza, poiché la formula « responsabilità amministrativa » potrebbe rivelarsi « di fatto neutra rispetto alla sostanza degli istituti delineati » (PULITANÒ).

Muoviamo, per il momento, da un dato inconfutabile. Dal punto di vista ermeneutico è importante sottolineare come l'espressione « illeciti amministrativi dipendenti da reato » (art. 1) conferisca al fatto storico una rilevanza bivalente; fatto di reato ed illecito amministrativo sembrerebbero collocati su binari paralleli, come se dal primo dovesse « discendere un autonomo e differente accadimento qualificabile in

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

termini di illecito amministrativo » (MUSCO). Ma, come è stato lucidamente chiarito, « la responsabilità amministrativa dell'ente non è frutto di un accadimento fattuale differente e conseguente con rapporto da causa ad effetto dal fatto di reato » poiché « il fatto storico [...] resta sempre lo stesso »; cambiano solamente « le qualificazioni giuridiche del medesimo evento storico che è fatto di reato per le persone fisiche che lo hanno messo in opera e illecito amministrativo per le soggettività collettive cui si applica la responsabilità amministrativa » (ID.). Dunque, un *fatto unico*, da cui discendono la responsabilità — coeva al diritto penale classico — della persona fisica e quella — dal 2001 — della persona giuridica.

Ciò chiarito, il metodo più fecondo per avvicinarsi alla "reale" natura della responsabilità degli enti consiste nell'interrogarsi sulla *identità* di tali soggetti (ALESSANDRI).

Come si ricorderà, è la teoria della immedesimazione organica a consentire che il fatto (reato) della persona fisica — inserita nella struttura aziendale — sia imputabile anche all'ente. Non solo. Nel nostro ordinamento il ricorso a questo criterio di ascrizione è indispensabile per non violare il principio di cui all'art. 27 comma 1 Cost., interpretato « nella sua versione minima, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in quella ragionevolmente più ampia di responsabilità necessariamente colpevole » (ID.). Trattasi — ed anche ciò è noto — di una « rudimentale assimilazione » (ID.), pragmaticamente accettabile per fugare le ombre di un contrasto della responsabilità dell'ente con il principio di colpevolezza, ma euristicamente non spendibile per fare luce sulla *sostanza della responsabilità* medesima. E nemmeno la più evoluta formula della « colpa in organizzazione » (PALIERO-PIERGALLINI) si sottrae al dubbio di soffrire di antropomorfismo; certamente quest'ultima coglie — ed in maniera plastica — la natura del rimprovero che viene mosso all'ente: non essersi dotato di *standard* organizzativi adeguati, quali sono quelli richiesti dalla normativa del 2001, per prevenire il rischio della commissione di determinati reati; la locuzione in parola sconta tuttavia il limite insito nell'applicazione transitiva di concetti penalistici — nati e pensati per la persona *fisica* (quali, appunto, la *colpa*) — ad una struttura organizzata che con l'individuo ben poco ha da condividere. È esattamente questo il *problema del soggetto*.

Benché composto di individui, l'ente, « nella sua realtà dinamica, non è in alcun modo paragonabile alla vicenda della persona fisica, che pur muta continuamente nel tempo. Nell'ente si succedono o cambiano

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

i soggetti, le attività, gli obiettivi, i mezzi, lasciando eredità (formali o informali, palesi o occulte) che si sovrappongono, si deformano e s'intrecciano, dando luogo a una sorta di fusione dei singoli elementi costitutivi, eterogenei tra loro, suscettibile di un giudizio di adeguatezza o meno solo se considerata nel loro complesso. L'ente, in conclusione, è oggetto suscettibile di radicali trasformazioni complessive o settoriali [...] che nulla hanno a che vedere con lo sviluppo, l'evoluzione e i mutamenti della persona fisica, poiché questa mantiene un nucleo di personalità inesistente [nell'ente] » (ALESSANDRI). Peraltro, sia la dottrina aziendalistica (REBORA; TOSI-PILATI) che gli studi di psicologia delle organizzazioni (ARGENTERO-CORTESE-PICCARDO) danno conto della poliedricità delle strutture aziendali dove, alla frammentazione del processo di *decision making* corrisponde una diluizione estrema della responsabilità dell'individuo nella complessità organizzativa (ALESSANDRI). Appartengono al buon tempo antico della fabbrica fordista espressioni quali la "cultura d'impresa" o la "politica d'impresa", consentanee al linguaggio dell'operaismo (TRONTI); sovente utilizzate, ancora oggi, per alludere alle decisioni della *societas* (come quelle che sfociano nella commissione di un reato), esse tradiscono il fine di « conferire una sorta d'identità reale all'ente, un suo stato psicologico in qualche modo succedaneo a quello umano, ad esso comunque comparabile 'in qualche modo' »; perseverando nella loro utilizzazione si scivola però in un « eccessivo appesantimento identitario dell'ente, a cui si cerca a tutti i costi di attribuire una sorta di *personalità* (rispetto alla quale si tratta di curarne i disturbi: l'esito è questo) » (ALESSANDRI).

Progressiva moltiplicazione dei reati-presupposto (dalla corruzione al riciclaggio, dagli illeciti societari al *market abuse*, dalla normativa sulla sicurezza sul lavoro a quella di tutela dell'ambiente) ed estrema varietà dei modelli organizzativi e di gestione (intesi a prevenire rischi di reato alquanto eterogenei) sono i fattori che collocano al centro dell'interesse l'*organizzazione*; è nei riguardi di questa che va effettuata la « valutazione di conformità agli standard prevenzionistici »: e se proprio si vuole continuare a qualificare il rimprovero all'ente *disorganizzato* alla stregua di una *colpa*, occorre essere consapevoli che tale termine assume un valore « puramente metaforico, utile fin tanto che richiama argomentazioni concettuali sedimentate, che possono sorvegliare il giudizio e guidarlo, a patto di non dimenticare le differenti entità con le quali si deve confrontare » (ID.). Gli specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (v. art. 6 comma 2 lett. *b*) —

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

cioè il centro nevralgico del *compliance program* — costituiscono una rete di presidi organizzativi *oggettiva*, da cui si evince l'assenza « di un centro o un'entità a cui riferire una personalità comparabile con quella umana ». Ciò dimostra che l'ente « è sempre più della somma dei suoi componenti, ma questo è un dato descrittivo, che non legittima ascrizioni impegnative sul terreno penalistico »; di conseguenza, predicare « un fatto e una colpa in termini penalistici — e dunque anche una natura della responsabilità — alla luce della normativa esistente imporrebbe di ricostruire l'ente come un nuovo attore autonomo a fronte dell'art. 27 comma 1 Cost. »: il che si risolverebbe in una « forzatura inaccettabile » (ID.).

Suggella questo giudizio un duplice ordine di constatazioni. *In primis*, è « impossibile rispondere alla domanda circa la razionalità di una sanzione, che si assumerebbe penale, quando l'ente » — tra il reato-presupposto e il giudizio — si è « completamente trasformato, naturalmente in termini oggettivi, adeguandosi alle indicazioni prevenzionistiche e 'alleggerendosi' di chi aveva perpetrato o tollerato fatti illeciti e strutture inadeguate »: ciò può verificarsi perché « l'ente non è come la persona fisica, la quale, anche se trasformata, conserva il ricordo e l'eredità esperienziale del passato » (ID.). In altre parole, l'apparato sanzionatorio della responsabilità degli enti non adempie ad alcuna funzione rieducativa (ROMANO) — di cui le sanzioni penali devono invece farsi tendenzialmente carico, in omaggio al principio di cui all'art. 27 comma 3 Cost. — proprio in ragione della non riconducibilità della *societas* al paradigma della persona fisica. In secondo luogo, la disciplina delle vicende modificative dell'ente (artt. 28-33) « cade in un'insanabile contraddizione con un eventuale profilo penalistico » (ALESSANDRI), poiché trasferisce la responsabilità ad altri (MARINUCCI), cioè al soggetto collettivo scaturito dalle operazioni, per esempio, di fusione o scissione.

In conclusione, ci troviamo al cospetto di una responsabilità « non penale » in quanto « il nostro ordinamento non lo consente e perché non apporterebbe risultati utili, anzi » (ALESSANDRI). Peraltro, nemmeno dalla constatazione che l'accertamento dell'illecito è effettuato con il rito penale discendono conseguenze decisive a favore della pretesa natura penalistica della responsabilità. Il processo penale d'ispirazione accusatoria riposa — fondamentalmente — sul principio della presunzione di non colpevolezza (NOBILI). Questo declina l'onere della prova in capo al pubblico ministero; tuttavia, nel processo *contra societatem* ricade sull'ente-imputato il compito di dimostrare — per essere esen-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tato dalla responsabilità — una serie di requisiti cumulativi (art. 6). Anche intesa nell'accezione di divieto di assimilare l'imputato al colpevole, la garanzia dell'art. 27 comma 2 Cost. viene pretermessa: la sospensione della misura cautelare applicata all'ente è infatti subordinata alla realizzazione di adempimenti riparatori delle conseguenze di un reato non (ancora) accertato nel merito (art. 49). Ma se la giurisdizione penale è così svuotata dalle principali garanzie che la innervano, il ragionamento inteso ad elevarla a indice della caratterizzazione (penale) della responsabilità dell'ente risulta privo di consistenza.

4. Profili premiali della normativa e prassi giudiziarie.

L'apparato normativo del 2001 postula la necessità che l'ente si organizzi dall'interno al fine di evitare che l'attività del suo personale possa sfociare nel compimento di determinati illeciti, suscettibili di riverberarsi a vantaggio dell'ente medesimo; di conseguenza, la responsabilità della *societas* è connessa, nell'ottica legislativa, all'attenzione e alla cura dispiegate per regolamentare — secondo canoni prevenzionistici di idoneità ed efficacia — l'azione di chi è coinvolto nell'impresa. In altre parole, all'ente è delegato il compito di concretizzare una politica di legalità del proprio operare; gli si richiede una cooperazione *dal basso* alla prevenzione del rischio penale, rimettendo ad esso la decisione *se* dotarsi di un modello di organizzazione e di gestione i cui lineamenti, generali e funzionali, sono tratteggiati dalla legge. La scelta del legislatore s'inquadra del resto nella tendenza dello Stato moderno — nel campo del diritto penale dell'economia — a prediligere una « parziale delocalizzazione e condivisione del controllo » ovvero « a imporre anche una cooperazione delle imprese nella prevenzione delle attività criminose » che scaturiscono dal ciclo produttivo (ALESSANDRI).

All'*onere* di autorganizzazione il d.lgs. n. 231 del 2001 fa corrispondere un ampio spettro di benefici. Si è anticipata la funzione premiale del *compliance program*, che in buona sostanza consiste — laddove sia stato commesso un reato-presupposto — in un sollievo sanzionatorio. La normativa è disseminata di "occasioni" o, se si preferisce, di "ponti d'oro" protesi all'ente sotto accusa; dall'indagine preliminare alla fase cautelare, dal giudizio fino all'esecuzione, molteplici sono le opportunità ad esso offerte di risarcire il danno, riparare le conseguenze del reato, riorganizzarsi secondo schemi di legalità (v. artt. 17, 49, 65 e 78); l'ente che si dimostri virtuoso — scegliendo di allinearsi alle regole di prevenzione dei reati contemplate dalla legge —

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

può scongiurare l'applicazione della sanzione interdittiva (o ottenerne la revoca ove applicata come cautela), lucrare una diminuzione della sanzione pecuniaria, aspirare, anche in fase esecutiva, alla conversione della prima nella seconda. Fuori da ogni infingimento rieducativo, lo scambio tra Stato ed ente-imputato — cioè a dire la (parziale) rinuncia alla pretesa punitiva da parte del primo quale riconoscimento della concreta attuazione di adeguate misure preventive ad opera del secondo — obbedisce ad una consolidata tradizione premiale dell'ordinamento penale. Inaugurata per le persone fisiche, quest'ultima viene adattata, con peculiari meccanismi, alle persone giuridiche. Per gli autori di reato particolarmente gravi la disponibilità a rilasciare dichiarazioni eteroaccusatorie (così detta collaborazione con la giustizia) ha dischiuso, in epoche diverse, un ampio ventaglio di benefici (dai casi di non punibilità a sostanziose riduzioni di pena, dalla fruizione delle misure alternative alla detenzione all'accesso ai programmi di protezione); la logica premiale è quindi rifluita, con significative mutazioni genetiche, nel processo penale d'ispirazione accusatoria, dove le esigenze di deflazione del sistema hanno legittimato un diverso tipo di negoziazione tra Stato e accusato: in cambio della rinuncia del secondo ad avvalersi di un contraddittorio pieno — scegliendo riti alternativi a caratura inquisitoria — l'ordinamento elargisce riduzioni di pena. Dalla collaborazione dell'imputato per fini di contrasto della criminalità a quella volta ad assecondare l'economia del congegno processuale, il rapporto tra pena e « corrispettivo » (PADOVANI) esibisce intonazioni differenti, ma effetti simmetrici: il risultato è sempre o la rinuncia alla pretesa punitiva o un affievolimento della sanzione.

La normativa sulla responsabilità degli enti ricombina, in maniera originale, le suddette logiche. L'ente « non risponde » dell'illecito ascritto qualora dimostri di essersi diligentemente autorganizzato (v. art. 6 comma 1): si è al cospetto di una esimente, per così dire, parziale (in quanto è sempre disposta la confisca del profitto ricavato dal reato). A questa forma di premialità — di matrice "sostanziale" — si affiancano i riti processuali speciali (giudizio abbreviato e applicazione della sanzione su richiesta), al cui epilogo la durata della sanzione interdittiva e l'ammontare di quella pecuniaria subiscono riduzioni. L'adozione del modello organizzativo e la riparazione delle conseguenze del reato (art. 17; cfr. altresì gli artt. 49 e 65) sono istituti che testimoniano un accentuato afflato *prevenzionistico* del sistema; come si ricorderà, essi costituiscono un'offerta premiale sfruttabile dall'ente anche nella fase di esecuzione della sanzione (art. 78). Ma tale vocazione finalistica

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

comporta un prezzo elevato sul piano delle garanzie. La presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa dell'ente-imputato risultano compromessi; quest'ultimo può infatti trovarsi a un bivio: la scelta a favore delle condotte riparatorie e riorganizzative — motivata dall'esigenza di sfuggire, in sede cautelare, ad una misura interdittiva — si risolve in un'implicita ammissione di colpevolezza; viceversa, l'esercizio del diritto di negare i fatti — o di avvalersi del silenzio — spesso comporta la sopportazione di provvedimenti interinali anche gravosi.

A dimostrazione di ciò, la prassi giudiziaria testimonia una serie di fenomeni le cui costanti sono così riassumibili:

a) l'azione penale nei confronti degli enti — in presenza di un reato-presupposto commesso dal loro personale — viene esercitata in maniera *di fatto* discrezionale e, sovente, tiene conto di valutazioni di politica criminale da parte dell'ufficio della pubblica accusa: se l'obiettivo è il risarcimento del danno, patito dalla collettività a causa del *corporate crime*, conseguenti saranno le pressioni del pubblico ministero sulla *societas* per promuoverne le condotte riparatorie. Ne deriva che l'applicazione del sequestro preventivo è intesa a patrocinare l'adesione dell'ente ai riti premiali (applicazione della sanzione su richiesta); mentre l'entità del profitto da mettere a disposizione — ai fini della confisca o per ottenere il consenso al patteggiamento — è calcolata vuoi per recuperare ingenti somme frutto dell'illecito, vuoi per consentire all'impresa coinvolta di non venire estromessa dal mercato (Ruggieri); un *modus procedendi* che, in maniera strisciante, si avvicina a dinamiche tipiche del sistema nordamericano (retto, tuttavia, dal principio di discrezionalità dell'azione penale);

b) il baricentro del processo penale *contra societatem* arretra: non il dibattimento, bensì i riti speciali deflativi (ancora, e soprattutto, il patteggiamento), quali rimedi — nell'ottica del pubblico ministero — per scongiurare il decorso della prescrizione e per aggirare la complessità delle investigazioni in materia di criminalità d'impresa;

c) il *focus* della valutazione giurisdizionale si è — dopo i primissimi anni di esperienza applicativa — spostato: *dalla* verifica circa l'idoneità e l'efficacia del modello organizzativo adottato dall'ente-imputato *alla individuazione* (e *quantificazione*), in una logica negoziale, *della sanzione* da irrogare.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO SECONDO

LE FONTI

SOMMARIO: 1. Le fonti della responsabilità degli enti. — 2. (*Segue*): le fonti mediate (gli atti internazionali e la normativa comunitaria). — 3. (*Segue*): il ruolo della normativa sovranazionale rispetto ai reati-presupposto. — 4. Le fonti immediate: la l. delega n. 300 del 2000, il d.lgs. n. 231 del 2001; le altre fonti di legislazione ordinaria. — 5. Il ruolo della Costituzione. — 6. Il codice di procedura penale. — 7. La normativa regionale. — 8. I provvedimenti delle autorità di vigilanza; il *rating* di legalità e il *rating* di impresa.

1. Le fonti della responsabilità degli enti.

Nel settore dell'esperienza giuridica di cui ci stiamo occupando va considerato il ruolo che gli atti internazionali hanno rivestito nel sistema delle fonti della responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Premesso che la classica distinzione tra fonti immediate e mediate rimanda, per quanto concerne le prime, ad attività di produzione normativa contemplate e disciplinate all'interno dello Stato e, per le seconde, alle attività previste da un ordinamento esterno a quello nostrano e da questo richiamate in via integrativa, è opportuno segnalare — nel caso di specie — la spinta propulsiva esercitata dalle fonti sovranazionali su quelle interne. Se è indubitabile che il momento genetico *immediato* delle norme in oggetto è rappresentato dalla l. delega 29 settembre 2000 n. 300 e dal successivo d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, non va misconosciuta l'importanza rivestita dagli impegni pattizi che lo Stato italiano ha assunto a livello internazionale. Quale poi sia stato l'effettivo "peso specifico" delle fonti *mediate* sulla decisione del legislatore nazionale di adottare una forma di responsabilizzazione delle persone giuridiche è questione da approfondire in ambito dottrinale; in via metodologica va comunque premessa la trattazione circa la posizione ricoperta dagli atti internazionali.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2. (*Segue*): le fonti mediate (gli atti internazionali e la normativa comunitaria).

È proprio l'intitolazione della l. delega n. 300 del 2000 a richiamare, a fini di « ratifica ed esecuzione », una serie di atti internazionali, « elaborati in base all'art. K.3 del Trattato dell'Unione europea », in materia di *lotta alla corruzione* dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, dei funzionari degli Stati membri dell'Unione europea e di *tutela delle finanze comunitarie*; nello specifico, la l. delega ha ratificato:

a) la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Bruxelles, 26 luglio 1995);

b) il primo Protocollo della predetta (Dublino, 27 settembre 1996);

c) il Protocollo che concerne l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione (Bruxelles, 29 novembre 1996);

d) la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono stati coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (Bruxelles, 26 maggio 1997);

e) la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso (Parigi, 17 settembre 1997).

Tra i citati atti, solo la Convenzione elaborata dall'OCSE fa riferimento alla responsabilità degli enti — peraltro in termini piuttosto generici — obbligando gli Stati contraenti ad adottare « le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblici ufficiali stranieri » (art. 2 della medesima); nessun riferimento al tipo di strumento sanzionatorio da adottare nei confronti degli enti collettivi è comunque rinvenibile in questi accordi internazionali.

Più esplicito — riguardo ai presupposti della responsabilità degli enti e alle relative sanzioni — è il II Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (così detto P.I.F.), firmato a Bruxelles il 19 giugno 1997, che tuttavia non ha costituito oggetto di attuazione da parte della l. delega n. 300 del 2000. In particolare, il sistema sanzionatorio ivi previsto — improntato a effettività, proporzionalità e dissuasività — colpisce gli illeciti commessi dai vertici dell'impresa e quelli realizzati dai dipendenti in

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

posizione subordinata; per i primi si richiede l'applicazione di sanzioni pecuniarie (e, eventualmente, interdittive), per i secondi si rimanda alla discrezionalità legislativa dei singoli Stati. Interessante notare che, all'elenco delle sanzioni prefigurato dal II Protocollo P.I.F., pare essersi ispirato l'art. 11 della l. delega del 2000, peraltro arricchendo la gamma delle misure punitive con istituti quali il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Occorre poi richiamare la Raccomandazione n. 88 (18) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (del 20 ottobre 1988), la quale aveva sollecitato gli Stati europei ad introdurre forme di responsabilità delle *personnes morales* — anche per i casi di mancata scoperta dell'autore del reato — ovvero « promuovere la adozione di misure (anche di natura penale) finalizzate a rendere le imprese responsabili per i reati commessi nell'esercizio della loro attività, indipendentemente dai regimi di responsabilità civile in vigore »; seppure sprovvisto di forza cogente, questo atto ha costituito un ulteriore, autorevole precedente della scelta italiana di accomiatarsi dall'adagio *societas delinquere non potest*.

Un cenno d'obbligo, infine, al *Corpus Juris* (del 2000) che, seppure nell'incerta prospettiva della formazione di un diritto penale dell'Unione europea, ha fornito inequivocabili indicazioni circa una responsabilità *penale* delle *corporations* nel caso in cui « *the offence is committed for the benefit of the organisation by some organ or representative of the organisation, or by any person acting in its name and having power, whether by law or merely in fact, to make decisions* » (art. 13 del testo di Firenze).

3. (*Segue*): il ruolo della normativa sovranazionale rispetto ai reati-presupposto.

Nel primo periodo di vita della nuova normativa si è rivelato notevole l'impatto che numerosi atti internazionali — in qualche caso precedenti ma, per la maggior parte, successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 — hanno avuto sul perimetro della responsabilità degli enti: essi ne hanno ampliato la portata tramite indicazioni, al legislatore nazionale, di introdurre "nuovi" reati-presupposto. Si è trattato, per la maggior parte, di convenzioni delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa, di direttive del Parlamento europeo e del Consiglio nonché di decisioni-quadro di quest'ultimo (direttive e decisioni-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quadro vincolano gli Stati membri sul risultato da raggiungere, lasciando alle autorità nazionali la libertà di decidere la forma ed i mezzi per conseguirlo).

Tra i molteplici atti che hanno comportato l'inserimento di fattispecie criminose nel catalogo dei reati-presupposto occorre ricordare (in ordine cronologico i più significativi):

a) la Dichiarazione e il Programma di azione adottati nella quarta Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne (Pechino, 15 settembre 1995), i cui principi sono stati attuati, con riferimento alla prevenzione e al divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile, dalla legge 9 gennaio 2006 n. 7 (introducendo l'art. 25-*quater*.1, « Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili »);

b) la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo (New York, 9 dicembre 1999), alla quale ha dato ratifica ed esecuzione la l. 14 gennaio 2003 n. 7 (che ha introdotto l'art. 25-*quater*, « Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico »);

c) la Decisione-quadro n. 2000/383/GAI del Consiglio dell'Unione europea relativa al rafforzamento della tutela, per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni, contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro (Bruxelles, 29 maggio 2000), alla quale ha dato attuazione la l. 23 novembre 2001 n. 409 (introducendo l'art. 25-*bis*, la cui attuale rubrica è « Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento » — disposizione poi modificata dalla l. 23 luglio 2009 n. 99);

d) la Convenzione e i Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001), ai quali, da un lato, ha dato ratifica ed esecuzione la l. 16 marzo 2006 n. 146 (il cui art. 10 introduce — al di fuori del *corpus* normativo del d.lgs. n. 231 del 2001 — la fattispecie di « responsabilità amministrativa degli enti » per i reati transnazionali) e, dall'altro lato, si è ispirata la l. 15 luglio 2009 n. 94 (che ha introdotto l'art. 24-*ter*, « Delitti di criminalità organizzata »);

e) la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (Budapest, 23 novembre 2001), cui ha dato ratifica ed esecuzione la l. 18 marzo 2008 n. 48 (che ha introdotto l'art. 24-*bis*, « Delitti informatici e trattamento illecito di dati »);

f) la Decisione-quadro n. 2002/629/GAI del Consiglio dell'Unione europea sulla lotta alla tratta degli esseri umani (Bruxelles, 19 luglio 2002) e la Decisione-quadro n. 2004/68/GAI del Consiglio

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

medesimo sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (Bruxelles, 22 dicembre 2003), alle quali si sono ispirate la l. 11 agosto 2003 n. 228 (che ha introdotto l'art. 25-*quinquies*, « Delitti contro la personalità individuale ») e la l. 6 febbraio 2006 n. 38 (modificando la suddetta fattispecie);

g) la direttiva n. 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato — così detti abusi di mercato — (Bruxelles, 28 gennaio 2003) e le direttive della Commissione di attuazione nn. 2003/124/CE, 2003/125/CE (Bruxelles, 22 dicembre 2003) e 2004/72/CE (Bruxelles, 29 aprile 2004), recepite dalla l. 18 aprile 2005 n. 62 (che ha introdotto l'art. 25-*sexies*, « Abusi di mercato »);

h) la Decisione-quadro n. 2003/568/GAI del Consiglio dell'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato (Bruxelles, 22 luglio 2003), attuata dal d.lgs. 15 marzo 2017 n. 38 (che ha introdotto, nell'art. 25-*ter*, lett. *s-bis*, il reato di « istigazione alla corruzione tra privati »);

i) la Convenzione ONU contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 (risoluzione n. 58/4), firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, alla quale ha dato ratifica ed esecuzione la l. 3 agosto 2009 n. 116; questa aveva introdotto una disposizione con numerazione — art. 25-*novies*, « Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria » — identica a quella di un'altra norma, in materia di violazioni del diritto d'autore, pochi giorni prima inserita nel d.lgs. n. 231 del 2001 dalla l. 23 luglio 2009 n. 99: un errore di coordinamento cui ha posto rimedio l'art. 2 del d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121, che ha sostituito l'*id* numerico della fattispecie (ora art. 25-*decies*); in attuazione della Convenzione ONU di cui sopra e della Convenzione penale sulla corruzione (Strasburgo, 27 gennaio 1999, poi ratificata ai sensi della l. 28 giugno 2012 n. 110), la l. 6 novembre 2012 n. 190 ha inserito nell'art. 25 il delitto di « induzione indebita a dare o promettere utilità » e, nell'art. 25-*ter*, la lett. *s-bis*, il cui testo originario — poi sostituito dal d.lgs. n. 38 del 2017 — contemplava il (solo) delitto di « corruzione tra privati »;

l) la direttiva n. 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea in tema di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (Strasburgo, 26 ottobre 2005) — nonché

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la direttiva n. 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione (Bruxelles, 1° agosto 2006) — attuata dal d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231 (che ha introdotto l'art. 25-*octies*, la cui rubrica attuale è « Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio »);

m) la (proposta modificata di) direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, presentata dalla Commissione europea (Bruxelles, 26 aprile 2006), alla quale si è ispirata la cit. l. n. 99 del 2009 (che ha introdotto — come si è detto — l'art. 25-*novies*, « Delitti in materia di violazione del diritto d'autore »);

n) la direttiva n. 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea sulla tutela penale dell'ambiente (Strasburgo, 19 novembre 2008) e la direttiva n. 2009/123/CE — che modifica la direttiva n. 2005/35/CE — relative all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (Strasburgo, 21 ottobre 2009), attuate dal cit. d.lgs. n. 121 del 2011 (che ha introdotto l'art. 25-*undecies*, « Reati ambientali »);

o) la Decisione-quadro n. 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione europea sulla « lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale » (Bruxelles, 28 novembre 2008), attuata dalla l. 20 novembre 2017 n. 167 (che ha introdotto l'art. 25-*terdecies*, « Razzismo e xenofobia »);

p) la direttiva n. 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea avente per oggetto « norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare » (Bruxelles, 18 giugno 2009), attuata dal d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109 (il quale ha introdotto l'art. 25-*duodecies*, « Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare »);

q) la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla manipolazione delle competizioni sportive (Magglingen, 18 settembre 2014), cui ha dato ratifica ed esecuzione la l. 3 maggio 2019 n. 39 (che ha introdotto l'art. 25-*quaterdecies*, « Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati »);

r) la Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni relative ai beni culturali (Nicosia, 19 maggio 2017), ratificata dalla l. 21 gennaio 2022 n. 6 ed attuata dalla l. 9 marzo 2022 n. 22 (che ha introdotto due reati-presupposto: l'art. 25-*septiesdecies*, « Delitti contro il patrimonio

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

culturale » e l'art. 25-*duodevicies*, « Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici »);

s) la direttiva n. 1371 del 2017 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari mediante il diritto penale (Strasburgo, 5 luglio 2017), attuata dalla l. 19 dicembre 2019 n. 157 (che ha introdotto l'art. 25-*quinquiesdecies*, « Reati tributari », successivamente interpolato e modificato dal d.lgs. 14 luglio 2020 n. 75 e dal d.lgs. 4 ottobre 2022 n. 156);

t) la direttiva n. 713 del 2019 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (Strasburgo, 17 aprile 2019), attuata dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 184 (che ha introdotto l'art. 25-*octies.*1, (« Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti e trasferimento fraudolento di valori »);

u) la direttiva n. 2121 del 2019 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea in materia di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere (Strasburgo, 27 novembre 2019), attuata dal d.lgs. 2 marzo 2023 n. 19 (che ha introdotto nell'art. 25-*ter*, « Reati societari », il delitto di false o omesse dichiarazioni per il rilascio del certificato preliminare attestante la regolarità delle formalità previste dalla legge — "nuova" lett. *s-ter*);

v) il regolamento n. 1114 del 2023 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativo ai mercati delle cripto-attività (Strasburgo, 31 maggio 2023) — che ha modificato i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937 —, oggetto di adeguamento da parte del d.lgs. 5 settembre 2024 n. 129 (che, all'art. 34, ha introdotto elevate sanzioni pecuniarie per la violazione dei divieti di cui agli artt. 89, 90 e 91 del cit. regolamento (UE) 2023/1114).

4. Le fonti immediate: la l. delega n. 300 del 2000, il d.lgs. n. 231 del 2001; le altre fonti di legislazione ordinaria.

Come ricordato, la l. delega n. 300 del 2000, nel ratificare e dare esecuzione a numerosi accordi pattizi sottoscritti dall'Italia — intesi a contrastare la corruzione dei pubblici funzionari nelle operazioni economiche internazionali e a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea — configurava la cornice (v. art. 11 della cit. l. delega) di una nuova e complessa architettura normativa che il Governo avrebbe

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dovuto realizzare, emanando un decreto legislativo « avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale », nel rispetto di taluni « princìpi e criteri direttivi » (comma 1 del cit. art. 11). Questi ultimi possono essere così sintetizzati:

a) i reati che avrebbero dovuto impegnare la responsabilità dell'ente erano riconducibili, in buona sostanza, a cinque categorie (v. art. 11 comma 1 lett. *a-d* della l. delega): la prima comprendeva numerosi delitti *dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione* previsti dal codice penale (truffa ai danni dello Stato, indebita percezione di erogazione a danno dello Stato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione commesse anche da funzionari comunitari); la seconda riguardava taluni delitti *contro il patrimonio commessi mediante frode* (truffa a danno dello Stato o di altri enti pubblici e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica commessa a danno dello Stato o di altro ente pubblico, con esclusione dell'ipotesi in cui il fatto è stato commesso con abuso della qualità di operatore del sistema); la terza rinviava a tutti i reati relativi alla *tutela dell'incolumità pubblica* previsti dal titolo sesto del libro secondo del codice penale (per esempio, strage, incendio, inondazione, disastro aviatorio o ferroviario, crollo di costruzioni, epidemia, avvelenamento di acque o sostanze alimentari, adulterazione e contraffazione di sostanze alimentari, commercio di medicinali guasti o di sostanze alimentari nocive); la quarta si riferiva alle *lesioni e omicidio colposi commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro* o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro; l'ultima individuava una serie di reati, punibili con pena detentiva non inferiore ad un anno, anche se alternativa alla pena pecuniaria, disseminati nella legislazione speciale in materia di *tutela dell'ambiente e del territorio* (con rinvii a fattispecie relative all'inquinamento, ai rifiuti, all'edilizia). Vi era dunque stata, da parte del legislatore delegante, l'individuazione di un catalogo di fattispecie, espressive della così detta criminalità d'impresa, che concernevano, per un verso, l'illegalità volta « all'ottenimento di ingiusti profitti violando i meccanismi di legalità o violando le regole della concorrenza », per l'altro, reati, « riferibili a una colpa di organizzazione », di matrice prevalentemente colposa (tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro e dell'ambiente) (LATTANZI);

b) il criterio di imputazione oggettiva si identificava nel reato commesso dalla persona in posizione di vertice — o dai subordinati —

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente con conseguente « vantaggio » o « interesse » lucrato da quest'ultimo (v. art. 11 comma 1 lett. *e* della l. delega); da rimarcare che la responsabilità dell'ente per il reato dei sottoposti era contemplata laddove la sua commissione « fosse stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi » connessi alle funzioni di direzione o vigilanza; di conseguenza, la responsabilità era esclusa nel caso non vi fosse stata l'inosservanza di tali obblighi; ed una « modalità normale di adempimento dei doveri 'di direzione' » è l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a programmare le decisioni (PULITANÒ): questa era l'unica apertura del delegante, implicita ed alquanto generica, ai modelli di organizzazione e di gestione, adombrati — esclusivamente — in funzione di esonero della responsabilità per i reati commessi dai subalterni;

c) le sanzioni amministrative — « effettive, proporzionate e dissuasive » — erano di varia natura; in primo luogo, venivano in rilievo quelle *pecuniarie* (per un ammontare non inferiore a euro 25.822 e non superiore a euro 1.549.370: l'ente avrebbe risposto del pagamento nei limiti del fondo comune o del patrimonio sociale), quantificabili secondo i parametri dell'entità del profitto ricavato dall'illecito e delle condizioni patrimoniali dell'ente; per i casi di « particolare gravità » erano contemplate sanzioni *interdittive* (la più severa delle quali consisteva nella chiusura, anche temporanea, dello stabilimento e della sede commerciale), applicabili anche in sede cautelare; era altresì contemplata la confisca, pure nella forma per equivalente, del profitto o del prezzo del reato; tali sanzioni si sarebbero potute applicare soltanto « nei casi e per i tempi » espressamente considerati, in relazione ai reati previsti dalla legge e commessi « successivamente alla data di entrata in vigore » del decreto legislativo di attuazione della delega: esplicito, in questo campo, il richiamo al principio di legalità di natura penalistica; era prevista, infine, una disciplina della prescrizione delle sanzioni che, con riguardo alle cause interruttive, rimandava alle regole civilistiche (v. art. 11 comma 1 lett. *f*, *g*, *h*, *i*, *l*, *m, o* e *r* della l. delega);

d) l'entità della sanzione amministrativa pecuniaria avrebbe potuto essere diminuita solo qualora l'ente avesse adottato « comportamenti idonei ad assicurare un'efficace riparazione o reintegrazione rispetto all'offesa realizzata » (v. art. 11 comma 1 lett. *n* della l. delega);

e) le suddette sanzioni sarebbero state applicate dal giudice « competente a conoscere del reato » (della persona fisica) e, per il procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, si sarebbero dovute applicare, « in quanto compatibili », le norme del codice di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

procedura penale, « assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale » (v. art. 11 comma 1 lett. *q* della l. delega);

f) le direttive della l. delega contemplavano, altresì (v. art. 11 comma 1 lett. *t*, *u*, *v* e *z*), un diritto di recesso *ad hoc*, per il socio dissenziente ed incolpevole, dall'ente riconosciuto responsabile di un illecito amministrativo dipendente da reato; figurava poi un ampliamento della responsabilità civile per gli amministratori il cui operato — anche in senso omissivo — fosse stato causa della condanna dell'ente per uno dei reati-presupposto (con correlativa riduzione del *quorum* dell'assemblea necessario per deliberare l'azione sociale di responsabilità); infine, era prevista — seppure in maniera criptica — l'introduzione di una « speciale ipotesi di azione di responsabilità promossa direttamente da singoli soci o terzi danneggiati in conseguenza del depauperamento del patrimonio sociale » nonché « la possibilità di far valere in quest'ambito la responsabilità dell'azionista di controllo o del socio consenziente » (RORDORF).

La delega parlamentare è stata esercitata dal Governo nel rispetto del termine di otto mesi, decorrente dalla data di entrata in vigore della l. n. 300 del settembre del 2000 (v. art. 11 comma 1 della medesima). Composto di 85 disposizioni — quattro delle quali poi abrogate (ma numerose altre sono state man mano aggiunte per quanto concerne i reati-presupposto) — il d.lgs. n. 231 del 2001 si sgrana in quattro capi, rispettivamente dedicati, il primo, ai principi generali e ai criteri di attribuzione, oggettivi e soggettivi, della responsabilità dell'ente, alle sanzioni e ai reati che radicano la predetta responsabilità, il secondo, alle vicende modificative del soggetto collettivo, il terzo, al rito processuale per l'accertamento e l'applicazione delle sanzioni, l'ultimo, alle disposizioni di attuazione e coordinamento; la normativa si completa, dal punto di vista regolamentare, con il d.m. 26 giugno 2003 n. 201 che disciplina taluni aspetti del procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo (in ordine alle modalità di formazione e tenuta dei fascicoli processuali, alla tenuta dei registri, al procedimento di controllo dei codici di comportamento delle associazioni di categoria).

Non si può tuttavia sottacere che i princìpi e i criteri direttivi della delega sono stati, per taluni aspetti, realizzati in maniera alquanto parziale, per altri, non è del tutto fugato il dubbio che il delegato si sia spinto oltre i confini tracciati dal delegante, mentre, con riguardo alla disciplina processuale penale, è stato lasciato in eredità all'interprete il non semplice compito di individuare — muovendo da un quadro

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

normativo laconico — le norme del codice di rito da applicare nel caso concreto.

Ad una prima lettura del testo originario del d.lgs. del 2001 appare evidente la politica "riduzionista" del legislatore; ciò sotto due aspetti: la selezione dei reati che impegnano la responsabilità della *societas* e la mancata previsione della disciplina del recesso e della responsabilità civile di amministratori e soci. Ritagliando dal novero dei delitti che la l. delega imponeva di contrastare solo quelli oggetto di atti internazionali ratificati dall'Italia — cioè a dire, l'indebita percezione di erogazioni, la truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, la frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico, la concussione e la corruzione — il legislatore delegato « ha privilegiato l'illiceità del profitto », frutto di una scelta imprenditoriale intesa ad aggirare le regole della concorrenza sui mercati, « escludendo tutti gli altri reati » (PIERGALLINI). Con il risultato di depotenziare, in maniera drastica, la portata innovativa delle indicazioni del Parlamento e di esporre — il Governo medesimo — alle critiche di chi lo additava prono alle resistenze, manifestate dal Ministero dell'industria e dalla Confindustria, che enfatizzavano, in negativo, le ricadute della nuova legge sul mondo delle imprese. Venivano così non contemplati — nel testo originario del decreto legislativo del 2001 — i reati connessi con l'infortunistica sul lavoro e quelli sulla tutela dell'ambiente e del territorio (bisognerà attendere, rispettivamente, il 2007 ed il 2011 per vederli accolti nel *corpus* normativo: v., *infra*, cap. IV, § 1). Inoltre, la disciplina degli effetti civili derivanti dalla responsabilità dell'ente risultava del tutto pretermessa: una scelta poco coraggiosa, la quale trovava però una « parziale scusante » nel fatto che, alcune delle disposizioni della l. delega sul punto, « erano davvero di difficile decifrazione ed ancor più difficile sarebbe stato attuarle senza rischiare qualche grave incoerenza sistematica » (RORDORF).

Viceversa, l'istituto dei modelli di organizzazione e di gestione, dotati di forza esimente per i reati commessi dai *vertici*, non compariva nella l. delega, dalla quale si poteva al più evincere — lo si è accennato poco sopra — un riferimento indiretto ai suddetti *plannings*, intesi come concretizzazioni degli obblighi di direzione e di vigilanza: la loro attuazione avrebbe dovuto rivestire, sempre stando alla delega, una portata scriminante della responsabilità della *societas* esclusivamente per gli illeciti dei *subordinati*.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Quanto — infine — al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato, va evidenziato che se ne occupa una porzione consistente delle norme del decreto del 2001; le indicazioni della delega sono state però capovolte in sede di attuazione: mentre la prima rinviava, « in quanto compatibili », alle disposizioni del codice di procedura penale, il legislatore delegato ha invece optato per una disciplina *ad hoc* da integrare, in via sussidiaria — e fatta sempre salva la clausola di compatibilità (v. art. 34) —, con le norme codicistiche.

Altre fonti di legislazione ordinaria hanno apportato novità con riguardo sia al perimetro interno, sia a quello *esterno* della normativa sulla responsabilità degli enti. *In primis*, viene in evidenza l'arricchimento del catalogo dei reati-presupposto che — come si è visto poco sopra — è da addebitare, in buona parte, alla rapsodica normativa di attuazione degli obblighi internazionali contratti dal nostro Paese (per l'elenco completo delle fattispecie che ancorano la responsabilità dell'ente e delle relative fonti normative nazionali, v., *infra*, cap. IV, § 1).

Eterogenea nei contenuti e non ispirata ad una visione d'insieme è — in secondo luogo — la produzione legislativa *extra ordinem* rispetto al d.lgs. n. 231 del 2001. Essa ha operato — si citano qui gli esempi più significativi — vuoi introducendo nuove fattispecie presupposto, vuoi contemplando speciali regole processualpenalistiche per taluni soggetti economici, vuoi — infine — annoverando una peculiare tipologia di modello di organizzazione e di gestione nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro. Si allude — rispettivamente — alla cit. l. n. 146 del 2006, che ha previsto (all'art. 10) numerosi reati transnazionali quali fonti della responsabilità delle imprese; al d.lgs. 9 luglio 2004 n. 197, il quale ha introdotto nel t.u.b. (d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385) l'art. 97-*bis* e nel t.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) l'art. 60-*bis*, nonché all'art 266 del d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (così detto "codice delle assicurazioni"): queste norme dettano importanti deroghe al processo penale *de societate* nei confronti delle banche, di taluni intermediari finanziari e delle assicurazioni; all'art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, nel quale compare un peculiare modello organizzativo inteso a prevenire i reati di lesioni colpose e omicidio colposo commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Sempre a livello di legislazione ordinaria, è da segnalare — in prospettiva di mero coordinamento — un richiamo alle previsioni del « Codice dei contratti pubblici » di cui al d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Tra le *cause di esclusione automatiche* dalle pubbliche gare del concorrente sono annoverate la sentenza definitiva o il decreto penale di condanna divenuto irrevocabile nei confronti « dell'operatore economico ai sensi e nei termini » di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 (art. 94 comma 3 lett. *a* del d.lgs. n. 36 del 2023). L'esclusione è inoltre stabilita qualora all'aspirante concorrente sia stata applicata la sanzione interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 94 comma 5 lett. *a* del d.lgs. n. 36 del 2023 che richiama l'art. 9 comma 2 lett. *c* del d.lgs. n. 231 del 2001). Infine, costituisce causa di esclusione *non automatica* la commissione, da parte dell'offerente, di un « illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità » (art. 95 comma 1 lett. *e* del d.lgs. n. 36 del 2023); la gravità dell'illecito professionale si può desumere dalla « contestata o accertata commissione » di uno dei reati (consumati) di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 (art. 98 comma 3 lett. *h* n. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023): l'onere della prova incombe sulla stazione appaltante che può dimostrare il suddetto illecito professionale, con « mezzi adeguati »; questi ultimi consistono non solo nella sentenza di condanna definitiva e nel decreto penale di condanna irrevocabile, ma altresì nella condanna non definitiva e nei provvedimenti cautelari reali (art. 98 comma 6 lett. *h* in rapporto all'art. 95 comma 1 lett. *e* del d.lgs. n. 36 del 2023).

Da questa complessa (e farraginosa) disciplina normativa si evince che anche l'ente destinatario di provvedimenti *provvisori* — le cautele reali *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 — può essere escluso da una gara con un provvedimento, connaturato da ampia discrezionalità (cfr. art. 98 comma 7 del d.lgs. n. 36 del 2023), della stazione appaltante.

5. Il ruolo della Costituzione.

Che nella Carta costituzionale — quale fonte dei princìpi fondamentali del nostro ordinamento giuridico — siano rinvenibili numerose disposizioni rilevanti, sia per la parte "sostanziale" sia per quella processuale della responsabilità degli enti, può apparire affermazione scontata; non altrettanto lo è — invece — l'applicabilità di più d'una delle norme super primarie alla materia in oggetto: talune, infatti, dispiegano un'efficacia limitata o, meglio, sono "adattabili" in maniera del tutto peculiare all'ente collettivo, altre non trovano affatto eco nell'articolato normativo del 2001. Non esiste un criterio discretivo, dotato di validità generale, in grado di aiutare l'interprete a districarsi nel ginepraio dei rapporti tra la Carta fondamentale e le disposizioni

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sulla responsabilità *ex crimine* degli enti. E nemmeno appare percorribile l'opzione di attribuire, in via preliminare, un'etichetta alla suddetta responsabilità (penale, amministrativa, di "terzo genere") al fine di stabilire se un determinato principio risulti applicabile: un simile metodo, per quanto in apparenza funzionale — o, più prosaicamente, "comodo" — finirebbe per influenzare, con effetti distorsivi, la soluzione dei problemi. Non resta, dunque, che procedere principio per principio, muovendo dal nucleo delle norme costituzionali in materia di garanzie del diritto penale — alla luce delle innegabili affinità che la materia in oggetto presenta con tale ramo dell'ordinamento giuridico —, per poi passare alle fonti del processo penale. Il quadro sarà sintetico, in ragione del carattere istituzionale del presente lavoro.

A) *Principi fondamentali in materia penale.*

a) Colpevolezza.

Una volta rimossi i veli ideologici del brocardo *societas delinquere non potest*, e riconosciuta la natura storica, « contingentemente relativa », di quest'ultimo (Alessandri), il caposaldo della *personalità della responsabilità* (art. 27 comma 1 Cost.) non può precludere, sotto il profilo costituzionale, l'ampliamento dell'area dei destinatari del diritto penale fino a ricomprendervi la persona giuridica (Paliero); di più, il rimprovero di colpevolezza — e, quindi, il rispetto dell'art. 27 comma 1 Cost. — può « benissimo riempirsi di *contenuti diversi e peculiari*, quando ad essere rimproverata è una *persona giuridica* » (Marinucci). Inteso nella sua accezione minima, ovvero quale divieto di responsabilità per il fatto altrui, il principio in parola non costituisce un ostacolo alla previsione della responsabilità per reato degli enti: grazie alla teoria della immedesimazione — che, pure con tutti i limiti insiti nell'organicismo che la contraddistingue (v., *supra*, cap. I, §§ 2 e 3), è « l'unica [...] a garantire il rispetto » del precetto costituzionale — si può accettare « l'idea della imputazione a due stadi » (Alessandri), e così risalire, dall'indefettibile presupposto del reato commesso dalla persona fisica, al rimprovero alla persona collettiva di essersi avvantaggiata dell'illecito commesso dal suo *management*. Anche nella versione « ragionevolmente più ampia di responsabilità necessariamente colpevole » (Alessandri), il canone previsto dall'art. 27 Cost. non impedisce di chiamare a rispondere l'ente degli effetti penalmente rilevanti della propria attività. Proprio sotto questo aspetto iniziano però a mostrarsi le prime crepe nell'edificio normativo nel 2001. Il tentativo del legislatore di costruire un sistema rispettoso del principio di colpevolezza si

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

arena sulla configurazione della causa esimente dalla responsabilità; la previsione che l'ente non risponde del reato-presupposto commesso dal proprio vertice se prova, tra gli altri requisiti, l'elusione fraudolenta del modello organizzativo ad opera della persona fisica (art. 6), definisce un meccanismo — per i reati dolosi — di responsabilità *oggettiva*, vieppiù scoperto laddove l'autore materiale del reato non sia stato identificato (cfr. art. 8). Qualora poi si tratti della commissione di un reato *colposo*, la condizione esimente dell'elusione *fraudolenta* del modello organizzativo — di per sé configurabile solo ove sia stato contestata una fattispecie dolosa — introduce un'aporia nel sistema che, sotto questo aspetto, andrà necessariamente rimeditato. Infine, la disciplina delle vicende modificative dell'ente (art. 29-33) è in problematico rapporto con il principio di personalità laddove trasferisce la responsabilità a soggetti collettivi *altri* e *diversi* — risultanti, per esempio, da una fusione o da una scissione — rispetto a quello riconosciuto colpevole dell'illecito.

b) *Funzione rieducativa della pena.*

Se la teoria della immedesimazione consente di ascrivere all'ente la responsabilità per un fatto di reato nel rispetto del principio costituzionale di colpevolezza, altrettanto vero è che la "spinta propulsiva" della suddetta formula si esaurisce in questo orizzonte. Implausibile la sua utilizzazione per ritagliare, in capo all'ente, un'identità o, addirittura, una personalità sulla quale possa agire una pena, funzionale a modificarne o a orientarne i "comportamenti". Come si è cercato di dimostrare (v., *supra*, cap. I, § 3), l'ente non può essere ricondotto al paradigma della persona fisica, l'unica alla quale può rivolgersi il precetto contemplato dall'art. 27 comma 3 Cost. Solo una visione antropomorfica del soggetto collettivo, dietro la quale si nascondono istanze di legittimazione del nuovo paradigma punitivo, può assecondare una conclusione che, se accolta, si risolverebbe in una forzatura ideologica.

c) *Principio di legalità.*

Il canone *nullum crimen sine lege* (art. 25 comma 2 Cost.) è fatto proprio dal d.lgs. n. 231 del 2001 tramite il principio di legalità (v. art. 2), il quale dispone, con riferimento alla responsabilità dell'ente (per un determinato reato) e alla relativa sanzione, che *entrambe* devono essere espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto. Del resto, se si guarda all'apparato delle sanzioni — sanzione pecuniaria, confisca, sanzioni interdittive, pubblica-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione della sentenza di condanna — le quali, « in grandissima parte, provengono dal diritto penale » (MUSCO), la scelta del legislatore appare pressoché necessitata; e le norme in materia di successione di leggi e di retroattività della disposizione più favorevole (*ex* art. 3), completano un quadro ispirato alla regola fondamentale di cui all'art. 25 comma 2 Cost.

B) *Principi fondamentali in ambito processuale penale.*

a) *Presunzione di non colpevolezza.*

Una regola di giudizio (l'imputato non è colpevole sino a sentenza di condanna definitiva) ed una regola di trattamento (il divieto di assimilare l'imputato al colpevole preclude l'applicazione anticipata della sanzione penale) compendiano il significato di una disposizione cardine del processo penale, qual è quella esplicitata dall'art. 27 comma 2 Cost. (NOBILI). Non vi è dubbio che la prima si applichi anche all'ente sotto processo e l'estensione a quest'ultimo della disciplina processuale relativa all'imputato, laddove compatibile (v. art. 35), conferma l'assunto. Ma poiché dalla regola medesima discende la ripartizione dell'onere della prova sull'accusa, ecco che si ripropongono, pure da questa angolatura, i dubbi sollevati poco sopra circa il congegno di cui all'art. 6: la previsione che l'ente debba dimostrare — per essere esentato dalla responsabilità — i requisiti ivi contemplati si risolve in un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'imputato (CERESA-GASTALDO). Quanto alla seconda accezione (la regola di trattamento dell'imputato), il rapporto tra processo penale *contra societatem* e Carta fondamentale palesa un forte attrito; la coincidenza tra misure cautelari e sanzioni interdittive (v. art. 45 comma 1 in rapporto all'art. 9 comma 2) si risolve in un'applicazione anticipata — in fase cautelare — delle seconde che l'ente indagato può fronteggiare, chiedendo di realizzare adempimenti riparatori delle conseguenze del reato, dai quali deriva la sospensione dello strumento di cautela. Il meccanismo — nel quale persuasione e minaccia si confondono — postula dunque che, prima della sentenza di merito, le "conseguenze" di un illecito (non accertato) vengano rimosse dall'accusato (sulla cui colpevolezza non si è ancora pronunciato il giudice) al fine di congelare la cautela-sanzione: il *vulnus* arrecato alla garanzia di cui all'art. 27 comma 2 Cost. appare evidente.

b) *Inviolabilità del diritto di difesa.*

Che il principio sancito dall'art. 24 comma 2 Cost. trovi applicazione anche nella materia *de qua* è confermato da una serie di indici:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dalla previsione generale per la quale nel processo contro l'ente si osservano, « in quanto compatibili », le disposizioni del codice di procedura penale (art. 34), all'appena richiamata estensione all'ente delle norme processuali relative all'imputato (art. 35), fino alla garanzia della difesa d'ufficio all'ente che non abbia nominato un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo (art. 40). Ma se la garanzia costituzionale in questione è declinata nell'accezione di diritto al silenzio dell'imputato, ecco profilarsi un altro dubbio di legittimità: lo statuto processuale del legale rappresentante dell'ente — ove nominato dopo la commissione del reato — è in bilico tra le garanzie dell'imputato e i doveri del testimone (cfr. art. 44).

c) Tutela delle libertà fondamentali.

Ispezioni, perquisizioni e sequestri possono essere eseguiti presso la sede dell'ente secondo le garanzie previste per la tutela della libertà personale: lo prevede l'art. 14 in relazione all'art. 13 Cost.; la seconda disposizione non trova peraltro diretta applicazione — essendo riferita alle misure precautelari e cautelari *personali* — nel settore in questione; intercettazioni telefoniche, ambientali e di flussi informatici potranno anch'esse trovare esecuzione per atto motivato dell'autorità giudiziaria, con le garanzie stabilite dal codice di rito (art. 15 Cost.).

d) Diritto al giusto processo (e norme sulla giurisdizione).

I principi stabiliti dai primi cinque commi dell'art. 111 Cost. trovano applicazione — con qualche significativo adattamento — nel processo penale *de societate*: diritto al contraddittorio in condizioni di parità tra accusa e difesa, ragionevole durata del processo, diritto della persona giuridica a essere informata della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico (viene qui in rilievo il peculiare meccanismo delle notificazioni: v. art. 43), facoltà di ottenere l'interrogatorio dei testimoni a carico e a discarico nonché di acquisire ogni altro mezzo di prova a suo favore, diritto ad ottenere un interprete (con riferimento a quest'ultima garanzia, è stato prospettato il caso dei dirigenti di una società straniera che, operando nel nostro Paese, non conoscono l'italiano). Un problema peculiare riguarda il diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (art. 113 comma 1 Cost.) in rapporto al processo penale contro banche, intermediari finanziari e assicurazioni; nella fase esecutiva della pena si registrano infatti competenze delle autorità di vigilanza dei rispettivi settori (Banca d'Italia, Consob e Ivass) in ordine ai *contenuti* della sanzione irrogata ai predetti soggetti, che appaiono sottratte al con-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

trollo del giudice dell'esecuzione (v., *infra*, cap. XXIII, § 5); trattasi di un profilo non poco delicato, dal punto di vista del rispetto del citato principio costituzionale, sul quale appare opportuno un ripensamento del legislatore.

e) *Obbligatorietà dell'azione penale.*

La cogenza del principio sancito dall'art. 112 Cost. riposa sul controllo giurisdizionale della richiesta di archiviazione proposta dal pubblico ministero; poiché l'art. 58 dispone che sia l'organo dell'accusa ad emettere il decreto di archiviazione degli atti, appare conseguente la violazione del disposto costituzionale in parola.

f) *Imparzialità del giudice e guarentigie della magistratura.*

Naturalità e precostituzione del giudice (art. 25 comma 1 Cost.), nonché terzietà ed imparzialità del medesimo (art. 111 comma 2 Cost.), rappresentano altrettanti capisaldi e della giurisdizione e del diritto al giusto processo. Il completamento e l'integrazione dei suddetti principi sono rappresentati dalle guarentigie della magistratura contemplate nella parte seconda, titolo quarto, sezione prima, della Costituzione (artt. 101-110). In particolare, una presunta violazione della disposizione che vuole i giudici « soggetti soltanto alla legge » (art. 101 comma 2 Cost.) era stata adombrata, con riferimento ai modelli organizzativi nel settore della sicurezza sul lavoro (*ex* art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008), per le « parti corrispondenti » a talune linee guida, nazionali e internazionali, elaborate in materia; il problema risultava mal posto (v., *infra*, cap. VII, § 17) in quanto la valutazione probatoria dell'adeguatezza e dell'efficacia dei presìdi di prevenzione del rischio di reato pertiene — comunque — alla sfera del libero convincimento del giudice.

C) *Altre norme costituzionali.*

Un cenno d'obbligo, in chiusura, al principio che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e, al tempo stesso, ne fissa i limiti; essa, infatti, non può « svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana » (art. 41 commi 1 e 2 Cost.). Le ricadute negative dell'attività d'impresa devono dunque, nei limiti del possibile, essere prevenute; è rintracciabile, in quest'ottica finalistica, la ragione di fondo della normativa sulla responsabilità per reato degli enti, apprezzabile — in particolare modo — con riferimento alla tutela della sicurezza negli ambienti di lavoro nonché dell'ambiente e del territorio. Anche la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tutela del lavoro (art. 35 Cost.), nell'accezione di salvaguardia dell'occupazione, emerge quale *ratio* dell'istituto del commissario giudiziale, applicabile, in luogo della sanzione interdittiva (e dell'omologa misura cautelare) dell'interruzione dell'attività dell'ente, qualora la sanzione medesima possa provocare « rilevanti ripercussioni sull'occupazione ».

6. Il codice di procedura penale.

Ci siamo in precedenza soffermati sulla scelta del legislatore delegato che, ribaltando le priorità indicate dalla l. delega (v., *supra*, cap. II, § 4), ha introdotto una disciplina processualpenalistica *ad hoc*; non si è però al cospetto di un congegno alternativo di accertamento, bensì di un complesso normativo (artt. 34-79) in grado di imporsi con una certa autonomia rispetto al codice di procedura penale che, comunque sia, funge da « diritto comune » (FIDELBO). Come anticipato, il privilegio accordato alla disciplina specifica, di cui al capo terzo del d.lgs. n. 231 del 2001, assegna al codice di rito penale il ruolo di *integrare* — previa verifica di *compatibilità* delle disposizioni in esso contenute con il peculiare contesto del processo penale contro le società (art. 34) — un articolato che, dalle disposizioni generali e da quelle sui soggetti, si dipana fino alle norme sulla fase esecutiva. La profonda rivisitazione del codice di rito e del sistema sanzionatorio operata dal recente legislatore (*riforma Cartabia)* ha palesemente ignorato le necessità di raccordo con la normativa processuale del d.lgs. n. 231 del 2001, consegnando così agli interpreti la delicata incombenza di prospettare soluzioni per colmare le lacune e sanare le contraddizioni aperte al riguardo. Il riferimento è alla manovra legislativa che ha preso avvio dalla l. delega 27 settembre 2021 n. 134 e si è snodata nelle seguenti tappe: al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 di sua attuazione ha fatto seguito il d.lgs. 29 marzo 2024 n. 31 che ha introdotto disposizioni integrative e correttive della normativa appena varata, come consentito dalla stessa l. delega (art. 1 comma 4). E, mentre il primo intervento attuativo (d.lgs. n. 150 del 2022), come accennato, ha serbato assoluto silenzio sulla corrispondente disciplina del "rito 231", con la successiva manovra correttiva/integrativa si registra un impegno di adeguamento (*ex* art. 7 d.lgs. n. 31 del 2024) — circoscritto tuttavia a due sole disposizioni (artt. 61 e 64) — del processo penale *de societate* all'assetto codicistico riformato. Il richiamo generico alla *riforma Cartabia* sarà utilizzato, per esigenze espositive, nel corso della trattazione: si provvederà a indicare la specifica fonte normativa, tra quelle segnalate,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quando si renda necessario per la migliore comprensione della disciplina processuale sopravvenuta.

7. La normativa regionale.

Anche numerosi atti normativi regionali, da ricondurre alla potestà legislativa riconosciuta dall'art. 117 Cost., interagiscono — seppure in maniera indiretta — con il sistema delle fonti della responsabilità degli enti. Al fine di tutelare valori primari quali la legalità, la trasparenza ed il buon andamento della pubblica amministrazione, numerose Regioni hanno contemplato, tra i requisiti da soddisfare dalle imprese che intendono coltivare rapporti giuridico-economici con l'ente territoriale, quello dell'adeguamento della struttura interna ai canoni di prevenzione dei rischi di reato di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. Trattasi, nello specifico, di strumenti normativi — leggi regionali, delibere di giunta, decreti degli assessorati — volti ad incentivare l'adozione dei modelli di organizzazione e di gestione e quindi, in ultima analisi, ad enfatizzare la necessità di allineare la *governance* delle società alle esigenze di *compliance*; ciò è avvenuto con particolare riguardo al settore della sanità, attraverso previsioni che introducono l'obbligo di adottare modelli organizzativi per le realtà imprenditoriali convenzionate con le Regioni o interessate a partecipare alle pubbliche gare da esse bandite. Dunque, la normazione regionale non alimenta direttamente le fonti della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche ma contribuisce a rafforzare, per così dire, la cogenza del decreto del 2001; ma se la decisione di abbracciare i dettami di quest'ultimo rappresenta — da un punto di vista formale — un *onere* per le imprese, le disposizioni emanate dagli enti territoriali remano, di fatto, verso un regime di obbligatorietà: in altre parole, le realtà produttive interessante, in determinati comparti, a lavorare con le Regioni (o a fruire dei finanziamenti delle medesime) *devono* dotarsi di *compliance programs*.

Basti esaminare, a titolo di esempio, alcuni provvedimenti per apprezzare tale fenomeno.

La Calabria, con la l. regionale 13 giugno 2008 n. 15, ha statuito (art. 54 comma 1) che « le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria, sono tenute ad adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 dandone opportuna comunicazione ai competenti Uffici Regionali »; inoltre, la l. regionale 4 dicembre 2012 n. 60 ne ha prescritto l'adozione agli enti pubblici

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

economici dipendenti e strumentali della Regione (nonché alle fondazioni e alle società controllate).

Quanto alla Regione Veneto, essa ha prescritto regole di *compliance* con riguardo agli « organismi di formazione » che operano nel settore dell'apprendimento di mansioni lavorative; per gli enti già accreditati, e per quelli che presentano istanza di accreditamento, è richiesta l'adozione di un modello organizzativo (delibera della giunta regionale del 30 dicembre 2015 n. 2120).

La Regione Lazio, con un « Decreto del Commissario ad Acta » (del 9 maggio 2013, n. U00183/13) ha deliberato l'approvazione di uno « schema tipo di contratto/accordo per la definizione dei rapporti giuridici ed economici tra le Aziende Sanitarie Locali e i soggetti erogatori di prestazioni sanitarie a carico del Servizio Sanitario Regionale »; trattasi, in altre parole, di un paradigma di « codice etico », finalizzato ad « agevolare le strutture per l'adozione dello stesso nelle more dell'assunzione di un proprio e completo modello organizzativo entro la fine dell'anno 2014 ».

Dal canto suo, la Regione Sicilia ha emanato, in materia di sanità privata accreditata, due decreti (dell'assessorato alla salute: n. 1179 del 2011 e n. 1180 dello stesso anno) intesi ad incentivare — dal punto di vista economico — la prevenzione dei rischi di reato; infatti, l'art. 2 del decreto n. 1179 del 2011 prevede l'inedita possibilità — nel panorama degli atti normativi regionali — di incrementare il finanziamento alle « singole strutture che, entro l'esercizio 2011, hanno adottato, hanno in corso di adozione o adotteranno il modello organizzativo, le procedure e le modalità di controllo [previste dal d.lgs. n. 231 del 2001] ».

Ancora, la Regione Abruzzo, con la l. 27 maggio 2011 n. 15, applicabile « agli enti dipendenti e strumentali della Regione, con o senza personalità giuridica, ai consorzi, alle agenzie ed alle aziende regionali, nonché alle società controllate e partecipate dalla Regione ad esclusione degli enti pubblici non economici, nel rispetto dell'autonomia statutaria di cui alla disciplina civilistica in materia » (art. 2 della cit. legge), ha stabilito che i suddetti soggetti adottino i modelli di organizzazione e di gestione.

Estremamente articolato — ma contraddittorio — il percorso compiuto dalla Regione Lombardia.

Con una serie di atti normativi (*in primis*, l'art. 13-*bis* della l. regionale 30 dicembre 2009 n. 33, introdotto dalla l. 7 marzo 2011 n. 6), l'ente territoriale lombardo aveva mutuato i principi contenuti nel d.lgs. n. 231 del 2001: l'obiettivo era stato quello di fare adottare alle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

aziende sanitarie locali ed ospedaliere i modelli organizzativi e di gestione. Struttura legale delle aziende sanitarie locali e prassi applicative avevano confermato — in maniera inequivoca — che i « codici etico-comportamentali » (di cui all'art. 13-*bis* della l. regionale n. 33 del 2009) erano solo lontani ed esangui parenti dei *compliance programs* del d.lgs. n. 231 del 2001 cui il legislatore locale si era dichiaratamente ispirato. La riforma del sistema sanitario lombardo, attuata con la l. regionale 11 agosto 2015 n. 23, ha decretato la fine dell'"esperimento" in parola: enti pubblici (nella fattispecie, del ramo della sanità) e responsabilità da reato — con i relativi istituti dei modelli di organizzazione e degli organismi di vigilanza — si sono rivelati "dati" non conciliabili.

La Regione medesima è peraltro intervenuta anche nel settore della formazione professionale. Premesso che l'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 « alla filiera degli operatori accreditati alla formazione è da ritenersi come ulteriore garanzia dell'efficienza e della trasparenza dell'operato sia della Regione che dell'ente accreditato, con lo scopo di migliorarne l'organizzazione e l'efficacia di funzionamento » e, inoltre, che il suddetto sistema di *compliance* « va ad integrarsi [con il] sistema di controllo e monitoraggio esistente nella logica della semplificazione e dell'implementazione di strumenti operativi di governo della sussidiarietà », la Lombardia ha adottato il decreto 8 giugno 2010 n. 5808; rubricato « Approvazione dei requisiti e delle modalità operative per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori pubblici e privati per i servizi di istruzione e formazione professionale e per i servizi al lavoro in attuazione della D.G.R. N. VIII/10882 del 23 dicembre 2009 », il provvedimento prevede gli adempimenti (e stabilisce i relativi termini) per l'adozione del codice etico e del modello organizzativo, per la nomina dell'organismo di vigilanza e per le comunicazioni delle misure adottate in materia alla Regione. A partire dal 1° aprile 2011 l'adeguamento al d.lgs. n. 231 del 2001 costituisce un requisito essenziale ai fini dell'iscrizione all'albo degli enti accreditati per l'erogazione di servizi formativi e di servizi al lavoro finanziati con fondi regionali.

Come anticipato, la legislazione regionale risulta — nella materia di cui qui ci si occupa — in costante, ma non sempre lineare, evoluzione. Due i problemi sullo sfondo: il rapporto tra i regimi normativi di enti — di fatto — pubblici (controllati o partecipati *in toto* dalle Regioni) e la tipologia di responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001; la natura e l'efficacia dei controlli posti in essere dalle Regioni per

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

verificare l'adempimento delle prescrizioni rivolte alle imprese accreditate (o in fase di accreditamento).

8. I provvedimenti delle autorità di vigilanza; il *rating* di legalità e il *rating* di impresa.

Una moltitudine di provvedimenti, adottati dalle autorità di vigilanza dei settori creditizio e assicurativo, ha influito — anche in questo caso, *indirettamente* — sul sistema della responsabilità degli enti e, in particolare modo, sulle modalità di prevenzione dei reati-presupposto contemplati dall'art. 25-*octies* (in buona sostanza, riciclaggio di denaro di provenienza illecita e autoriciclaggio) nonché sul regime di adozione dei modelli di organizzazione e gestione da parte di taluni operatori economici. Con riguardo a banche, intermediari finanziari e assicurazioni, le competenti *authority* — rispettivamente, Banca d'Italia, Consob e Ivass — hanno emanato, nel corso degli anni successivi al 2001, regolamenti, circolari, delibere e comunicazioni, aventi per oggetto, principalmente, il contrasto del riciclaggio (materia disciplinata dal cit. d.lgs. n. 231 del 2007, poi ampiamente modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90 e, a seguire, da una pluralità di interventi normativi, tra i quali si segnalano: la l. 27 dicembre 2017 n. 205, il d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21, il d.lgs. 4 ottobre 2019 n. 125, le leggi 19 dicembre 2019 n. 157, 11 settembre 2020 n. 120, 25 febbraio 2022 n. 15, 15 luglio 2022 n. 91, 29 dicembre 2022 n. 197, 9 ottobre 2023 n. 136, 15 dicembre 2023 n. 191 e 30 dicembre 2023 n. 213), che hanno avuto ricadute sull'organizzazione dell'attività di *compliance* delle suddette imprese. A titolo puramente esemplificativo, vanno segnalate le numerose *comunicazioni* dell'Unità di informazione finanziaria (Uif) della Banca d'Italia, in tema di indicatori di anomalie di operazioni sospette (il relativo elenco è consultabile sul sito *web* di quest'ultima); anche l'*ex* Isvap (al quale subentrò l'Ivass: v. l'art. 13 della l. 7 agosto 2012 n. 135) ha adottato, per un verso, provvedimenti intesi a prevenire il riciclaggio e le attività di finanziamento del terrorismo nel settore delle assicurazioni e degli intermediari assicurativi, per l'altro verso, disposizioni concernenti il sistema dei controlli interni e di gestione dei rischi, con intuibili risvolti sulla prevenzione dei reati che incardinano la responsabilità degli enti (da segnalare la circolare 30 dicembre 2005 n. 577/D). L'*authority* in questione ha altresì emanato un regolamento, sempre in tema di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo, che prevede l'obbligo di introdurre, da parte dei soggetti vigilati, una

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

funzione di controllo interna *ad hoc* (v. regolamento 15 maggio 2012 n. 41). Da segnalare inoltre l'articolato regolamento dell'Ivass del 12 febbraio 2019 n. 44 (modificato ed integrato dal provvedimento 13 luglio 2021 n. 111), « recante disposizioni attuative volte a prevenire l'utilizzo delle imprese di assicurazione e degli intermediari assicurativi a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo in materia di organizzazione, procedure e controlli interni e di adeguata verifica della clientela » ai sensi del cit. d.lgs. n. 231 del 2007.

Dal canto suo, la Consob è intervenuta nella suddetta materia con la delibera 28 giugno 2011 n. 17836. Di particolare importanza è — infine — un'altra delibera della Consob (27 febbraio 2007 n. 15786) che ha approvato il regolamento dei mercati di Borsa Italiana s.p.a.; ciò, con particolare riferimento ai requisiti di governo societario per ottenere, da parte delle società quotate, la qualifica di S.T.A.R. (« segmento titoli con alti requisiti »): dal 1° aprile 2008 gli emittenti che intendono essere quotati in tale settore devono *obbligatoriamente* dotarsi del modello di organizzazione e di gestione; l'ultima versione del regolamento, deliberato dal consiglio di amministrazione di Borsa Italiana (in data 8 novembre 2023), è stata approvata dalla Consob con delibera del 6 dicembre 2023 n. 22920 (v. il « Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A. », art. 2.2.3 « Ulteriori requisiti per ottenere la qualifica di STAR », comma 3: « Al fine di ottenere e mantenere la qualifica di STAR, gli emittenti devono: » — lett. l — « aver adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'articolo 6 del decreto legislativo 231/2001 »).

Da segnalare inoltre che, in materia di « vigilanza prudenziale per le banche », la Banca d'Italia (circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, 15° aggiornamento del 2 luglio 2013) si è espressa sulle competenze del collegio dei sindaci (e degli altri organi di controllo) in rapporto a quelle dell'organismo di vigilanza (v., *infra*, cap. VIII, § 2).

Alcuni cenni, infine, sui così detti *rating* di legalità e *rating* di impresa.

Il primo è previsto dal decreto interministeriale — del dicastero dell'economia e delle finanze e di quello dello sviluppo economico (successivamente ridenominato ministero delle imprese e del made in Italy) — 20 febbraio 2014 n. 57 intitolato « Regolamento concernente l'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del *rating* di legalità attribuito alle imprese ai fini della concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario, ai sensi dell'articolo 5-*ter*, comma 1, del decreto-legge

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 »). Competente ad attribuire il *rating* è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), la quale ha emanato una serie di delibere (da quella originaria del 12 novembre 2012 n. 24075, recante il « Regolamento attuativo in materia di rating di legalità », fino all'ultima modifica delle predette disposizioni: delibera del 28 luglio 2020 n. 28361) intese a precisare la portata del nuovo istituto, finalizzato a promuovere l'adozione di strumenti di legalità da parte delle imprese private.

Possono richiedere l'attribuzione del *rating* le imprese — con sede operativa in Italia — che: *a*) abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso l'anno precedente alla richiesta di *rating* (riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza e risultante da un bilancio regolarmente approvato dall'organo aziendale competente e pubblicato ai sensi di legge), *b*) siano iscritte al registro delle imprese da almeno due anni (alla data della richiesta di attribuzione del *rating*). La domanda deve essere presentata dall'azienda interessata ad ottenere la valutazione; quest'ultima prevede l'attribuzione di un numero di "stellette" — in una scala da 1 a 3 — in funzione della presenza di specifici requisiti, tra i quali figura anche l'adozione di un modello di organizzazione e di gestione. Le imprese "virtuose" possono così ottenere concreti benefici tanto nella fase di accesso al credito bancario, quanto in quella di concessione di finanziamenti da parte della pubblica amministrazione.

Quanto al *rating* di impresa, esso intende misurare la *reputazione* di quest'ultima, allo scopo di rafforzare il rispetto della legalità nella fase della selezione delle offerte nel settore degli appalti. L'istituto è contemplato dall'art. 109 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36); l'Anac (Autorità nazionale anticorruzione) gestisce un « sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni [...] fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale » (art. 109 comma 1 del d.lgs. n. 36 del 2023). Si è dunque al cospetto di uno strumento premiale, imperniato su *score* reputazionali — attribuiti all'impresa dall'*authority* — intesi in un'accezione assai ampia (affidabilità del concorrente nella fase esecutiva degli appalti, rispetto della legalità, perseguimento di obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale che riguardano, per esempio, la tutela dell'am-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

biente e le scelte di *governance*: per una critica al concetto di impresa "sostenibile" v., *infra*, cap. VII, § 20). Spetta sempre all'Anac definire « gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato » (cioè della legalità, trasparenza e concorrenza) e di quelli « di buona fede e affidamento », avendo al contempo cura di bilanciare i suddetti elementi « con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori » (art. 109 comma 2 del cit. d.lgs.). Alla determinazione del profilo reputazionale dell'impresa concorre altresì il *rating* di legalità e, in questa prospettiva, l'art. 222 comma 7 del codice dei contratti pubblici prevede una collaborazione comunicativa tra Anac e Agcm.

In conclusione, entrambi gli strumenti qui sinteticamente esposti delineano un contesto nel quale, dalla fase di partecipazione alle gare di appalto a quella esecutiva del contratto stipulato dal vincitore, l'adozione di un idoneo ed efficace modello organizzativo (*ex* d.lgs. n. 231 del 2001) contribuisce a incrementare la correttezza dell'attività dell'ente sul mercato.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO TERZO

PRINCIPI GENERALI

SOMMARIO: 1. I soggetti destinatari della normativa. — 2. Il principio di legalità. — 3. La successione di leggi. — 4. L'efficacia della legge nello spazio.

1. I soggetti destinatari della normativa.

Come si è visto, l'analisi criminologica e le istanze di politica criminale sottendono l'esigenza di un controllo, sul piano penale, degli enti che svolgono attività economica. Il legislatore delegato non ha tuttavia "assolutizzato" — nella selezione dei destinatari dell'articolato del 2001 — la natura imprenditoriale della *societas*; infatti, l'obiettivo principale è stato quello di prevenire e punire talune categorie di reati tipici dell'agire quotidiano dell'ente: di conseguenza, le differenze tra le varie tipologie giuridiche di compagini societarie e le rispettive (possibili) attività sono state, almeno in parte, annacquate. Così, l'attribuzione della responsabilità da reato colpisce indifferentemente tanto la *corporation* quanto l'ente che persegue scopi ideali, fino alle aggregazioni di volontariato ed alle opere religiose; del resto, è incontrovertibile che « anche l'associazione (e più in generale gli enti non lucrativi) può esercitare un'attività di natura economica, purché questa sia svolta in via strumentale per realizzare il fine ideale che istituzionalmente le è proprio » (SANTI). Nella prospettiva dell'individuazione dei soggetti ai quali si applica la normativa, il parametro della *finalità lucrativa* risulta, in altre parole, importante e centrale, ma non è del tutto dirimente.

Tantomeno decisivo è il criterio dell'attribuzione della personalità giuridica: come esplicita l'art. 1 comma 2, destinatari dell'ingranaggio normativo non sono solo tutte le persone giuridiche private ma anche gli enti (privati) sprovvisti di personalità giuridica e le associazioni non riconosciute. È questa la ragione tecnica per la quale il legislatore utilizza, in senso omnicomprensivo, la locuzione « enti » (non a caso l'intitolazione del decreto legislativo riguarda questi ultimi e non le « persone giuridiche »). L'obiettivo della normativa non è di incrinare

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

lo schermo formale che consente di separare, agli effetti civili, il patrimonio della persona fisica da quello della persona giuridica, bensì di imputare all'organizzazione pluripersonale, in quanto tale, le conseguenze — per questa vantaggiose — della condotta criminosa realizzata dall'autore che alla medesima appartiene. A riprova di ciò, l'art. 27 stabilisce che dell'obbligazione derivante dal pagamento delle sanzioni pecuniarie, cui è stato condannato il soggetto collettivo, risponde solo l'ente stesso con il suo patrimonio (o fondo comune): e, questo, indipendentemente dall'esistenza di quel diaframma — volto a separare, sul piano civile, la responsabilità dell'ente da quella dei singoli soci — che va sotto il nome di personalità giuridica. L'autonomia patrimoniale dell'ente rispetto alla persona fisica non rappresenta, dunque, il criterio discretivo per attribuire la nuova forma di responsabilità ad una *societas* piuttosto che all'altra.

Ad evitare il rischio di stilare cataloghi non esaustivi e, perciò, esposti alla necessità di continue modifiche ed integrazioni, il legislatore ha utilizzato le multiformi categorie degli « enti forniti di personalità giuridica » e delle « società e associazioni anche prive di personalità giuridica »; occorre però tenere presente che dottrina e giurisprudenza si cimentano a inquadrarvi — non senza cadere in contraddizioni — numerose realtà, pubbliche e private, dotate di molteplici forme giuridiche; si aggiunga che l'epoca presente, ovvero quella delle privatizzazioni, non è fonte di certezze al riguardo.

A titolo d'esempio e senza pretese di completezza, si può affermare che nelle fattispecie indicate dal comma 2 dell'art. 1 rientrano:

1) le associazioni riconosciute;

2) le fondazioni, ivi comprese quelle bancarie;

3) le istituzioni di carattere privato;

4) le società di capitali (società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni);

5) le società di capitali unipersonali (per Cass. 25 luglio 2017, n. 49056, trattasi di soggetto di diritto distinto dalla persona fisica che ne detiene le quote; conforme Id. 16 febbraio 2021, n. 45100, che enuclea anche preziosi criteri per la distinzione e la distinguibilità tra l'interesse della società e quello della persona fisica del rappresentante: una « verifica complessa che si snoda attraverso l'accertamento della organizzazione della società, dell'attività in concreto posta in essere, della dimensione della impresa, dei rapporti tra socio unico e società, della esistenza di un interesse sociale e del suo effettivo perseguimento »; v. altresì MUCCIARELLI);

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

6) le società fiduciarie;

7) le società cooperative e le mutue assicuratrici;

8) le organizzazioni non lucrative di carattere sociale (Onlus);

9) gli enti ecclesiastici, cattolici e acattolici;

10) i consorzi che svolgono attività esterna;

11) le società a base personale (società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice), nonché quelle di fatto e "irregolari", ivi compresi — anche se con qualche incertezza (Pecorella) — i comitati non riconosciuti;

12) i fondi comuni di investimento e i fondi pensione chiusi;

13) gli enti assoggettati a procedure concorsuali (ma pure questo è un caso oggetto di taluni dubbi: v. Delsignore);

14) le associazioni non riconosciute.

La formula « società e associazioni anche prive di personalità giuridica » (art. 1 comma 2) è intesa a circoscrivere l'applicazione delle disposizioni del 2001 agli enti contrassegnati da un'apprezzabile *complessità organizzativa* (Di Giovine), un indice suscettibile di differenziare questi ultimi dalla persona fisica autrice del reato e di porre al riparo dalla responsabilità *ex crimine* le realtà economiche che costituiscono — per così dire — una semplice "proiezione" del singolo soggetto fisico. Analoga conclusione vale per tutte le entità che non costituiscono un soggetto istituzionale nuovo o un patrimonio autonomo. Utilizzando tali criteri distintivi, risultano *esclusi* dal novero dei destinatari del decreto legislativo:

1) l'imprenditore individuale (orientamento accolto, in un primo momento, da Cass. 3 marzo 2004, n. 18941; *contra*, ma in termini alquanto opinabili, Id. 15 dicembre 2010, n. 15657; hanno ribadito l'esclusione, Id. 16 maggio 2012, n. 30085, Id. 16 febbraio 2021, n. 45100);

2) l'impresa familiare;

3) le associazioni in partecipazione di cui all'art. 2549 c.c.;

4) le associazioni temporanee di imprese;

5) i consorzi con attività interna;

6) le varie forme di comunione e i condomini, la cui funzione conservativa e di godimento del patrimonio non individua un interesse distinto da quello dei singoli comproprietari o condomini.

Un'ulteriore delimitazione del perimetro della responsabilità amministrativa concerne lo Stato e gli altri enti che esercitano pubblici poteri (comma 3 dell'art. 1); di conseguenza, la legge in questione non riguarda:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

1) tutte le articolazioni amministrative, centrali e periferiche, dello Stato;

2) gli enti (pubblici) territoriali, ovvero le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, le comunità isolane;

3) gli « altri » enti (pubblici) « non economici »: la locuzione, tutt'altro che perspicua, fa sorgere non pochi problemi interpretativi; in via generale, si può affermare che è stata prevista una deroga a favore:

a) degli enti che, pur avvalendosi di istituti di diritto privato, erogano un servizio pubblico senza intenti di lucro: ad esempio, le aziende sanitarie locali, le scuole e le università pubbliche, gli istituti o enti pubblici di ricerca, gli istituti pubblici di assistenza e beneficenza, le camere di commercio, gli enti per il turismo;

b) degli enti pubblici associativi — che non esercitano pubblici poteri — quali la Croce Rossa Italiana, l'Automobile Club Italiano, gli ordini e i collegi professionali;

c) degli enti che perseguono finalità tipiche dello Stato — sforniti di pubblici poteri — quali l'Istituto nazionale di previdenza sociale, l'Istituto nazionale per gli infortuni sul lavoro, l'Istituto centrale di statistica;

d) delle Autorità indipendenti con funzioni di controllo: per esempio, la Banca d'Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa, l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Garante per la protezione dei dati personali;

4) gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale: i partiti politici e i sindacati — enti privati — sono veicoli della sovranità e della partecipazione popolare alla vita democratica e, pertanto, devono godere di una libertà d'azione per sua natura incompatibile con la peculiare forma di responsabilità introdotta nel 2001 e le sanzioni da essa previste.

Di contro, lo statuto di "economicità" dell'ente pubblico — desumibile dalla coesistenza di finalità pubblicistiche con quelle lucrative — preclude l'operatività della clausola di esclusione (*ex* art. 1 comma 3). Il pensiero corre, in questo caso, a realtà a soggettività privata che svolgono un pubblico servizio in regime di concessione (RELAZIONE) ed alle società "miste", cioè quelle partecipate da capitale pubblico e privato. Con riferimento a queste ultime, la giurisprudenza ha puntualizzato — di fronte al caso di un ospedale specializzato interregionale, costituito sia da capitale privato sia da capitale pubblico — che è proprio la finalità lucrativa perseguita a rendere applicabile la normativa del 2001 anche a tale ente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(nonostante esso possa dirsi connaturato alla cura di interessi pubblici quali, nella specie, la salute); pertanto, « non è sufficiente invocare il richiamo delle funzioni di rilievo costituzionale svolte da un istituto ospedaliero specializzato per l'inapplicabilità della disciplina [del 2001] », in quanto la *ratio* « dell'esenzione è quella di preservare enti rispetto ai quali le misure cautelari e le sanzioni applicabili ai sensi [della normativa in oggetto] sortirebbero l'effetto di sospendere funzioni indefettibili negli equilibri costituzionali, il che non accade rispetto a mere attività di impresa. È necessario, infatti, che vi ricorra anche il profilo della non economicità delle funzioni svolte dall'istituto in questione » (Cass. 9 luglio 2010, n. 28699).

Poiché difetta una nozione, unitaria e condivisa, di « ente pubblico economico » — e, come segnalato, le difficoltà si addensano anche per l'individuazione della categoria degli enti pubblici *non* economici — il perimetro di applicazione della normativa presenta, ad oggi, significative zone d'ombra. In non pochi casi è « controversa sia la natura pubblica o privata dell'ente sia la sua funzione (economica o non). In particolare la natura economica dell'ente non coincide con la gestione di attività lucrativa in forma imprenditoriale, ben potendo sussistere tale carattere in enti pubblici spesso considerati non economici (es. aziende municipalizzate, farmacie comunali) » (Brunelli-Riverditi); le incertezze interpretative abbracciano, in via esemplificativa, gli enti lirici, gli istituti di patronato, i consorzi di bonifica e le federazioni sportive.

(Per quanto concerne le problematiche relative agli enti con sede principale all'estero e ai gruppi di imprese v. — rispettivamente — *infra*, § 4 e cap. V, § 7).

2. Il principio di legalità.

Il carattere sanzionatorio che permea la disciplina in esame richiede una contestualizzazione dei relativi istituti nell'ambito del principio di legalità (Relazione) con riferimento, in particolare, ai corollari di quest'ultimo, cioè a dire la riserva di legge, la determinatezza e la tassatività, la non retroattività.

Il principio in parola appare ispirato, in via diretta, alla disposizione contenuta nell'art. 1 c.p.; ciò risulta palese nella misura in cui l'art. 2 del d.lgs. n. 231 del 2001 richiama, nella prospettiva del *nullum crimen sine lege*, tanto il precetto quanto la sanzione: l'ente « non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste » dalla legge. E, ad osservazione non dissimile, si presta la medesima disposizione laddove, nel prevedere il principio di irretroattività della norma incriminatrice, àncora la responsabilità dell'ente alla legge « entrata in vigore prima della commissione del fatto ».

Le garanzie enucleabili dal dettato dell'art. 2 riguardano dunque:

a) la necessità che sia la legge ad individuare previamente i singoli reati dai quali discende la responsabilità dell'ente e le relative sanzioni irrogabili (trattasi, a ben vedere, di una garanzia che riposa sul principio stabilito dall'art. 25 comma 2 Cost.);

b) i canoni di *determinatezza* e *tassatività* in ossequio ai quali vanno individuate le fattispecie di reato-presupposto e le sanzioni;

c) i principi di irretroattività e di retroattività della disposizione più favorevole (*ex* art. 3), validi tanto per i reati-presupposto quanto per i criteri di imputazione della *societas*.

Il legislatore ha tuttavia disatteso, in più di un'occasione, i fondamentali postulati della tassatività e della determinatezza della norma incriminatrice; infatti, nelle fattispecie di criminalità organizzata (di cui all'art. 24-*ter* commi 1 e 2) e in quelle di terrorismo (art. 25-*quater* comma 4) il rinvio, a carattere aperto, ai "reati mezzo" dell'associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) e dell'associazione a delinquere (art. 416 c.p.), nel primo caso, e ad atti internazionali, nel secondo, è suscettibile di ampliare *in maniera indefinita* il novero dei delitti dai quali discende la responsabilità dell'ente. In tali varchi e, in particolare, in quello rappresentato dal delitto di associazione a delinquere, si insinua la possibilità di perseguire la *societas* (anche) per reati *non previsti* nell'elenco di cui agli artt. 24 ss. (si pensi, nella prassi applicativa degli scorsi anni, a quelli tributari): è dunque sufficiente la contestazione del "reato mezzo" associativo per addebitare all'ente qualsiasi "reato fine" (l'art. 416 comma 1 c.p. fa infatti riferimento « allo scopo di commettere più delitti »). Un argine a tali rischi si può rinvenire in una pronuncia della Suprema corte secondo la quale la « contestazione del reato associativo, quale reato-presupposto della responsabilità dell'ente, avente ad oggetto delitti-scopo estranei al catalogo dei reati presupposto, costituisce una violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal d.lgs. n. 231 del 2001: il reato associativo si trasformerebbe, infatti, in una disposizione 'aperta', dal contenuto elastico, potenzialmente idonea a ricomprendere nel novero dei reati-presupposto qualsiasi fattispecie di reato, con il pericolo di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

un'ingiustificata dilatazione dell'area di potenziale responsabilità dell'ente collettivo, i cui organi direttivi verrebbero in tal modo costretti ad adottare, su basi di assoluta incertezza e nella totale assenza di criteri di riferimento, i modelli di organizzazione e di gestione [...] scomparendone di fatto ogni efficacia in relazione agli auspicati fini di prevenzione » (Cass. 20 dicembre 2013, n. 3635).

Per quanto concerne invece le sanzioni, un profilo di criticità è individuabile nella fattispecie di *market abuse* (art. 25-*sexies* comma 2) laddove essa conferisce al giudice un'eccessiva discrezionalità nella determinazione del *quantum* sanzionatorio (se il prodotto o il profitto conseguito dall'ente, a seguito di tali reati, è di rilevante entità, la sanzione è aumentata « fino a dieci volte tale prodotto o profitto »).

3. La successione di leggi.

La successione di leggi nel tempo è espressamente disciplinata dall'art. 3 il quale prevede (comma 1) che l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce più reato o in relazione al quale non è più prevista la responsabilità « amministrativa » della *societas* medesima (e, laddove vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e i relativi « effetti giuridici »). Pur ricalcando la disposizione dell'art. 2 c.p., la norma in esame adatta il principio della retroattività della *abolitio criminis* alla peculiarità dell'illecito amministrativo dipendente da reato prevedendo, accanto all'ipotesi "classica" della sopravvenuta abrogazione della norma incriminatrice che costituisce il presupposto cui ancorare la responsabilità dell'ente, anche il caso in cui — « ferma restando di per sé la rilevanza penale del fatto » — una legge posteriore « si limiti ad escludere la responsabilità dell'ente collettivo in precedenza ad esso riconnessa » (De Vero); e tale regola si applica pure nell'evenienza di una sopravvenuta depenalizzazione (Relazione).

Dal canto suo, il principio della retroattività della legge più favorevole (comma 2 dell'art. 3) è formulato in termini del tutto analoghi a quanto previsto dall'art. 2 comma 4 c.p.: se « la legge del tempo in cui è stato commesso l'illecito e le successive sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli, salvo che sia intervenuta pronuncia irrevocabile ». Il richiamo testuale alle « legg[i] diverse » e l'interpretazione sistematica fanno ritenere che il regime di retroattività della disposizione più favorevole — da individuarsi secondo il criterio penalistico della *concretezza* — vada applicato non solo alla legge che

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

prevede la responsabilità dell'ente ma altresì a quella che contempla il reato-presupposto (BRUNELLI; DE VERO).

Da rilevare, infine, la disposizione che esclude l'applicazione delle norme previste dai commi 1 e 2 dell'art. 3, qualora si tratti di leggi eccezionali e temporanee (comma 3); essa non riproduce la *regola iuris* dettata dall'ultimo comma dell'art. 2 c.p. in materia di vicende modificative inerenti alla decretazione d'urgenza: tale scelta è con buona probabilità riconducibile alla declaratoria di illegittimità costituzionale che aveva colpito la norma penalistica in questione (Corte cost. 19 febbraio 1985, n. 51).

4. L'efficacia della legge nello spazio.

La disciplina dell'efficacia nello spazio del decreto legislativo del 2001 postula — all'art. 4 comma 1 — che la responsabilità *ex crimine* dell'ente sorga in tutte le situazioni in cui, per il reato commesso all'estero, debba essere punita la persona fisica che l'ha commesso, nel rispetto dei « casi » e delle « condizioni » di cui agli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p. (i quali concernono, rispettivamente, i reati commessi all'estero, il delitto politico commesso all'estero, il delitto comune del cittadino all'estero e il delitto comune dello straniero all'estero). Assecondando, per un verso, il progressivo abbandono, nella legislazione internazionale, del principio di territorialità e, per l'altro, l'affermarsi di quello di universalità, la normativa contempla la responsabilità dell'ente — per i reati commessi all'estero — che abbia nel territorio dello Stato *la sede principale* (art. 4 comma 1). Per quanto riguarda i riferimenti testuali della norma, occorre in primo luogo chiarire che il richiamo ai « reati commessi all'estero » è da intendersi *esclusivamente* riferito a quelli elencati dagli artt. 24 ss.: si noti che i cataloghi (di illeciti) di queste norme coincidono, solo in parte, con quelli — ben più ampi — sgranati dagli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p.

Non poco complessa è l'individuazione dei criteri corretti per stabilire cosa debba intendersi per « sede principale »; la locuzione rimanda agli atti costitutivi — delle associazioni e delle società prive di personalità giuridica — o alle *leggi civili* (per tutte le altre società commerciali); non a caso, secondo autorevole dottrina, è la l. 31 maggio 1995 n. 218 (« Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato ») che « troneggia » alle spalle del d.lgs. n. 231 del 2001 (PADOVANI). Premesso che la citata normativa del 1995 « determina l'ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri » (art. 1), gli indici per stabilire se un ente si trovi — o meno — nel territorio dello Stato sono forniti dall'art. 25 comma 1 (della l. n. 218 del 1995), e cioè: *a*) la costituzione nel territorio, ovvero *b*) la sussistenza in Italia della sede dell'amministrazione, o *c*) dell'oggetto principale dell'attività dell'ente. Dunque, la *sede principale* di cui all'art. 4 (del d.lgs. n. 231 del 2001) non può « prescindere dalla compresenza dell'amministrazione e del centro di produzione: l'una senza l'altra ben difficilmente potrebbero definirsi 'sede principale' ». Proprio perché è all'*organizzazione aziendale* che la disciplina del 2001 « demanda la funzione di prevenire in forma idonea i reati suscettibili di essere commessi », ne consegue che è « al luogo dove questa funzione può essere efficacemente esercitata che occorre far riferimento »; si coglie così la *ratio* del rinvio dell'art. 4 alla *sede principale:* il « criterio territoriale oggettivo opera come una sorta di pre-condizione del giudizio di rimproverabilità espresso nei confronti dell'ente, per non aver conformato il proprio assetto organizzativo al dovere di diligenza stabilito dall'ordinamento » (PADOVANI). Detto in altre parole, la responsabilità della *societas* è configurata dal d.lgs. del 2001 « come *autonoma* e fondata su un *fatto* e una *colpa* che attengono alla struttura organizzativa dell'ente stesso, le cui determinazioni sono normalmente espresse dove ha sede il centro decisionale dell'ente » (ALESSANDRI).

L'interrogativo, aperto e dibattuto, sulla situazione speculare a quella contemplata dall'art. 4, cioè a dire l'applicabilità della normativa del 2001 agli enti, con sede dell'amministrazione e oggetto principale della relativa attività *all'estero*, il cui personale commetta un reato-presupposto nel territorio del nostro Stato, trova risposta muovendo dalle considerazioni fin qui svolte.

È da escludere, secondo la tesi più convincente, che il d.lgs. n. 231 del 2001 possa applicarsi nei confronti delle società con sede dell'amministrazione e oggetto principale della propria attività all'estero che commettano — tramite una società controllata con sede in Italia — un illecito nel nostro Paese; non sussiste, è stato rilevato, « alcuna disposizione del nostro ordinamento che consenta di perseguire sul nostro territorio un illecito amministrativo commesso all'estero da società di diritto straniero, neppure se l'illecito può considerarsi collegato alla commissione di un reato in Italia » (AMODIO). Plausibili le variegate motivazioni che supportano questa affermazione. Dalla autonomia organizzativa di cui gode ciascuna società, appartenente ad un gruppo di imprese, nella prevenzione del rischio penale (v., *infra*, cap. V, § 7)

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— e l'appartenenza a differenti ordinamenti giuridici statali non può che rafforzare la suddetta autonomia —, tale da rendere la capogruppo di diritto straniero non responsabile della mancata vigilanza sulle controllate (con sedi nel nostro Stato); al fatto che l'eventuale adozione di un modello organizzativo ad efficacia esimente (*ex* artt. 6 e 7) da parte di una società, costituita all'estero e avente la sede amministrativa fuori del territorio italiano, non è valutabile dal giudice italiano; al rischio di *bis in idem* qualora, oltre alla giurisdizione nostrana, si attivi quella dello Stato estero di appartenenza dell'ente (Di Giovine). Non si trascuri inoltre che, dal punto di vista pratico-applicativo, « sembra ingiustificato ed eccessivamente oneroso prevedere una struttura organizzativa *ad hoc* [*ndr:* il modello organizzativo] solo sulla base di un ingresso nel mercato giuridico italiano » (Alessandri). In conclusione, ciò che risulta « negativamente certo, è che in nessun caso si potrà ammettere l'esercizio della giurisdizione per accertare una responsabilità amministrativa da reato rispetto ad enti costituiti all'estero, aventi all'estero la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale della propria attività » (Padovani).

La tesi opposta fa leva sul fatto che è il *locus commissi delicti* — del reato-presupposto (v. art. 6 c.p. e art. 8 c.p.p.) — a radicare la competenza del giudice italiano: è dal delitto della persona fisica, compiuto sul nostro territorio, che la legge consentirebbe di risalire, tramite il criterio oggettivo d'imputazione dell'interesse o del vantaggio, alla responsabilità del soggetto collettivo di diritto straniero per l'illecito dipendente da (quel) reato. Muovendo da tale postulato, la giurisprudenza di merito ha statuito che tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche *straniere* hanno, nel momento in cui operano nel nostro Paese, « il dovere di osservare e rispettare la legge italiana » — e quindi anche il d.lgs. n. 231 del 2001 — « indipendentemente dall'esistenza o meno nel paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia, ad esempio il modello organizzativo richiesto alle imprese per prevenire reati come quelli che si sono verificati » (Trib. Milano ord. 28 ottobre 2004; per Trib. Lucca 31 gennaio 2017, n. 222, le società estere operanti sul territorio italiano hanno l'obbligo di rispettare le norme vigenti in Italia e, pertanto, il decreto del 2001 si applica anche agli enti stranieri, a prescindere dalla presenza sul territorio nazionale di una sede secondaria o di uno stabilimento; orientamenti peraltro accolti da Cass. 7 aprile 2020, n. 11626: v., in senso critico, Principato-Cassinari).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Per completare l'esame della disciplina prevista dall'art. 4, occorre richiamare l'attenzione sulle limitazioni stabilite nei confronti dell'accertamento giurisdizionale dei reati commessi all'estero. In ossequio ai dettami della cooperazione internazionale, si individua nel fatto che nei confronti della *societas* non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il reato il *limite negativo* alla perseguibilità dell'illecito medesimo (comma 1): la giurisdizione dello Stato italiano è, in questo caso, « costruita come recessiva » (DI GIOVINE).

Un ulteriore sbarramento concerne il caso nel quale la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia; l'art. 4 comma 2 stabilisce che si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo (cfr., sul punto, l'art. 37 in materia di condizioni di procedibilità). Trovano così contemperamento, grazie al "filtro" dell'autorità politica, l'interesse dello Stato alla punizione ed il rispetto della sovranità altrui in materia punitiva (RELAZIONE).

Da segnalare, infine, la valenza extraterritoriale della legislazione inglese sulla *corporate crime liability*. Con il *Bribery Act* del 2010 è stata introdotta una fattispecie di responsabilità delle società per fatti di corruzione (anche tra privati); la normativa in questione si applica alle società inglesi che operano fuori confine e alle società non inglesi che svolgono attività nel Regno Unito: ciò a prescindere sia dal luogo in cui la società è stata costituita, sia dal luogo in cui è stato commesso il reato. Le società italiane che operano nel Regno Unito (per esempio attraverso una controllata) sono quindi assoggettabili al *Bribery Act*; stessa conclusione per le società con sede in Italia ma inquadrate in un gruppo britannico.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO QUARTO

I REATI-PRESUPPOSTO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

SOMMARIO: 1. I reati-presupposto della responsabilità dell'ente; brevi cenni agli interventi legislativi esterni al d.lgs. n. 231 del 2001. — 2. Reati "tipici" dell'impresa lecita e fattispecie eccentriche. — 3. Tentativo e impedimento volontario del reato.

1. I reati-presupposto della responsabilità dell'ente; brevi cenni agli interventi legislativi esterni al d.lgs. n. 231 del 2001.

La selezione dei reati-presupposto della responsabilità delle *personnes morales* si orientava — nello schema della l. delega (art. 11) — su fattispecie funzionali al conseguimento di ingiustificati profitti ed espressive, in quanto tali, di scelte del *management* aziendale protese « ad eludere i meccanismi di legalità che disciplinano la concorrenza » e, quindi, il corretto funzionamento del mercato (PIERGALLINI); accanto ai suddetti, la nuova forma di responsabilità abbracciava i delitti che riflettono la "tipica" illegalità d'impresa, cioè a dire i rischi (penali) nei quali incappano le attività produttive nel loro quotidiano dispiegarsi (inquinamento dell'ambiente, infortuni sul lavoro). L'opzione originaria puntava, in termini non equivoci, a sanzionare i fatti ascrivibili all'area della « criminalità d'impresa » piuttosto che quelli — ben differenti dal punto di vista criminologico — della « impresa-associazione criminale » (PALAZZO).

In sede di attuazione, il legislatore delegato aveva peraltro « privilegiato l'illiceità del profitto, escludendo tutti gli altri reati » (PIERGALLINI); la drastica potatura — effetto di tale decisione — aveva depotenziato in maniera significativa il raggio operativo della nuova normativa e la sua capacità di penetrazione nella sfera dell'attività economica delle imprese *lecite*. Il novero dei reati che fungeva da presupposto alla responsabilità della *societas* era, infatti, circoscritto a quelli contro la pubblica amministrazione, mentre i criteri di imputazione rimanevano

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ancorati ai delitti *dolosi* commessi dai vertici — o dai dipendenti — dell'ente. Per contro, il progressivo arricchimento del catalogo dei reati-presupposto — con un legislatore che si metteva all'opera già dall'autunno del 2001 — non compensava, sul piano della politica criminale, la pavidità delle scelte compiute: così, almeno, è stato fino alla l. 3 agosto 2007 n. 123, che ha introdotto l'omicidio e le lesioni colpose per violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro.

La ricognizione della "parte speciale" del d.lgs. n. 231 del 2001 attesta che, agli *originari* artt. 24 (la cui rubrica, dopo reiterate modifiche, è attualmente « Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione Europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture »: delitti puniti con la sanzione pecuniaria fino ad un massimo di seicento quote e con talune sanzioni interdittive) e 25 (più volte modificato anch'esso, oggi è rubricato « Peculato, indebita destinazione di denaro o cose mobili, concussione induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione »: delitti puniti con la sanzione pecuniaria fino ad un massimo di ottocento quote e con sanzioni interdittive che possono arrivare a sette anni), sono stati — fino al 2007 (anno cruciale dal punto di vista delle innovazioni) — man mano aggiunti:

— dalla l. 23 novembre 2001 n. 409, l'art. 25-*bis* (« Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento »: la sanzione pecuniaria più grave è di ottocento quote, le sanzioni interdittive sono di durata non superiore ad un anno); la fattispecie è stata poi interpolata dalla l. 23 luglio 2009 n. 99;

— dal d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61 (poi modificato dalla l. 28 dicembre 2005 n. 262), l'art. 25-*ter* (« Reati societari »: si applicano esclusivamente sanzioni pecuniarie che possono arrivare fino a mille quote); la norma è stata poi oggetto di importanti modifiche apportate — in via principale — dalla l. 27 maggio 2015 n. 69, e, successivamente, dal d.lgs. 15 marzo 2017 n. 38 e dal d.lgs. 2 marzo 2023 n. 19;

— dalla l. 14 gennaio 2003 n. 7, l'art. 25-*quater* (« Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico »: la sanzione pecuniaria più grave è di mille quote, sono inoltre previste sanzioni interdittive non inferiori ad un anno);

— dalla l. 11 agosto 2003 n. 228, l'art. 25-*quinquies* (« Delitti contro la personalità individuale »: la sanzione pecuniaria più grave è di mille quote, le misure interdittive hanno una durata non inferiore ad un

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

anno); norma modificata dalla l. 6 febbraio 2006 n. 38, dal d.lgs. 4 marzo 2014 n. 39 e dalla l. 29 ottobre 2016 n. 199;

— dalla l. 18 aprile 2005 n. 62, l'art. 25-*sexies*, in relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (la sanzione pecuniaria massima, di mille quote, può essere aumentata « fino a dieci volte » se il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è « di rilevante entità »: v., *supra*, cap. III, § 2; le sanzioni interdittive sono escluse e ciò appare inspiegabile alla luce della elevata comminatoria edittale contemplata per le due fattispecie in esame);

— dalla l. 9 gennaio 2006 n. 7, l'art. 25-*quater.*1 (« Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili »: punite con sanzione pecuniaria fino a settecento quote e con sanzioni interdittive non inferiori ad un anno).

Inoltre, l'art. 10 della l. 16 marzo 2006 n. 146 ha previsto — con un intervento *esterno* al *corpus* normativo del d.lgs. n. 231 del 2001 — l'estensione della responsabilità degli enti ai « reati transnazionali » per i delitti, in forma associativa, previsti dagli artt. 416 e 416-*bis* c.p., 291-*quater* t.u. 23 gennaio 1993 n. 43 e 74 t.u. 9 ottobre 1990 n. 309 (rispettivamente, associazione a delinquere "semplice" e di stampo mafioso, associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi e al traffico di stupefacenti), per i reati concernenti il riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) e l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.), per i reati concernenti il traffico di migranti (art. 12 commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 t.u. 25 luglio 1998 n. 286), nonché per i delitti di intralcio alla giustizia (induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria — *ex* art. 377-*bis* c.p. — e favoreggiamento personale di cui all'art 378 c.p.); le sanzioni pecuniarie ed interdittive previste per taluni dei suddetti reati possono arrivare ai livelli edittali massimi (mille quote per le prime, due anni per le seconde).

Ancora, e sempre in una prospettiva di modifiche alla normativa sulla responsabilità degli enti, realizzate *al di fuori del perimetro* dell'articolato del 2001, vanno segnalati il d.lgs. 9 luglio 2004 n. 197 (ha introdotto l'art. 97-*bis* nel t.u.b. e l'art. 60-*bis* nel t.u.f., i quali contemplano particolari regole per — rispettivamente — le banche e gli intermediari sotto processo) ed il d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (il così detto "codice delle assicurazioni" che, con l'art. 266, ha esteso i contenuti della disciplina processuale appena citata alle imprese di assicurazione e riassicurazione): per questi ultimi aspetti, v., *infra*, cap. XXIII.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Da segnalare, altresì, tra le disposizioni a tutela della « qualità e [del]la trasparenza della filiera degli oli di oliva vergini » (l. 14 gennaio 2013 n. 9), quella (art. 12) che ha introdotto la responsabilità degli enti del suddetto settore produttivo per i delitti, commessi nel loro interesse o vantaggio, di cui agli artt. 440, 442, 444, 473, 474, 515, 516, 517 e 517-*quater* c.p.

Ultimi, tra le disposizioni *extra ordinem*, il d.lgs. 5 settembre 2024 n. 129 (riguardo alle cripto-attività) e il d.lgs. 5 novembre 2024 n. 173 (in materia di sanzioni tributarie). Il primo, in « adeguamento della normativa nazionale » al regolamento n. 1114 del 2023 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea relativo ai mercati delle cripto-attività, ha introdotto (v. art. 34) sanzioni pecuniarie di particolare severità per la violazione dei divieti di cui agli artt. 89 (abuso di informazioni privilegiate), 90 (divulgazione illecita di informazioni privilegiate) e 91 (manipolazione del mercato) del cit. regolamento (UE) 2023/1114: discostandosi dalle regole e dalle soglie di comminatoria edittale previste dagli artt. 10 e 11 della normativa sulla responsabilità degli enti, il comma 1 dell'art 34 del d.lgs. n. 129 del 2024 (rubricato « Responsabilità dell'ente ») ha contemplato sanzioni « da euro 30.000 fino a euro 15 milioni », suscettibili di incrementi « fino al 15 per cento del fatturato totale annuo ». A sconfortante conferma dell'incedere dell'attività legislativa all'insegna dell'incoerenza e dell'ignavia, la fattispecie in parola (commi 1 lett. *a* e *b* e 3) richiama — inutilmente e talvolta con tecnica approssimativa — i criteri di imputazione soggettivi di cui all'art. 5 commi 1 e 2 del d.lgs. n. 231 del 2001. Quanto al d.lgs. n. 173 del 2024 (« Testo unico delle sanzioni tributarie amministrative e penali »), gli artt. 10 (sulla riferibilità esclusiva alla persona giuridica delle sanzioni amministrative tributarie), 96 comma 2 (principio di specialità) e 98 commi 2 e 3 (sanzioni amministrative per le violazioni ritenute penalmente rilevanti) ribadiscono — con farraginosi rinvii a catena ed espressioni poco perspicue — la responsabilità "amministrativo-tributaria" degli enti (e delle « società ») e l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie quando nei confronti dei primi « può essere disposta la *sanzione amministrativa dipendente dal reato* [corsivo nostro] » ai sensi dell'art. 25-*quinquiesdecies* (reati tributari) del d.lgs. n. 231 del 2001.

Come si è anticipato, è nel 2007 che si registra un'innovazione alquanto significativa; la cit. l. n. 123 ha aperto il catalogo dei reati-presupposto della responsabilità degli enti ai delitti *colposi* e, in particolare, a quelli di « omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro »: così recita la rubrica dell'art. 25-*septies*, il cui testo è stato poi *integralmente sostituito dal d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81* (le sanzioni pecuniarie possono arrivare fino a mille quote, quelle interdittive fino ad un anno).

Dalla fine del 2007 ai giorni nostri il legislatore prosegue nella inesausta — ma non sempre lucida — opera di arricchimento del novero delle fattispecie delittuose e, in particolare, vengono inseriti:

— dal d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231, l'art. 25-*octies* (« Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio »: le sanzioni pecuniarie ed interdittive previste possono arrivare ai livelli edittali massimi di — rispettivamente — mille quote e due anni); la rubrica e la disposizione sono state successivamente integrate dalla l. 15 dicembre 2014 n. 186 (con il nuovo delitto di autoriciclaggio: art. 648-*ter*.1 c.p.);

— dalla l. 18 marzo 2008 n. 48, l'art. 24-*bis* (« Delitti informatici e trattamento illecito di dati »: la sanzione pecuniaria più grave è di ottocento quote, le molteplici sanzioni interdittive possono arrivare fino a due anni e, limitatamente al delitto di cui all'art. 629 comma 3 c.p., la durata non può essere inferiore a due anni); la fattispecie è stata successivamente interpolata dalla l. 18 novembre 2019 n. 133 e dalla l. 28 giugno 2024 n. 90;

— dalla l. 15 luglio 2009 n. 94, l'art. 24-*ter* (« Delitti di criminalità organizzata »: sanzioni pecuniarie fino a mille quote, sanzioni interdittive per una durata non inferiore ad un anno);

— dalla l. 23 luglio 2009 n. 99, gli artt. 25-*bis*.1 (« Delitti contro l'industria e il commercio »: sanzioni pecuniarie fino a ottocento quote, sanzioni interdittive per un massimo di due anni) e 25-*novies* (« Delitti in materia di violazione del diritto d'autore »: sanzioni pecuniarie fino a cinquecento quote, interdittive non superiori ad un anno);

— dalla l. 3 agosto 2009 n. 116, originariamente l'art. 25-*novies* (« Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria »: la sanzione pecuniaria è fino a cinquecento quote, non sono previste sanzioni interdittive); la cit. l. aveva tuttavia compiuto un errore di coordinamento tra norme — v., *supra*, cap. II, § 3 — prevedendo, per la suddetta disposizione, una numerazione identica a quella, in materia di violazioni penali del diritto d'autore, introdotta dalla l. n. 99 dello stesso anno; la numerazione è stata corretta — ma solo due anni dopo, dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121 — in « art. 25-*decies* »;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— dal cit. d.lgs. n. 121 del 2011, l'art. 25-*undecies* (« Reati ambientali », di cui si dirà tra breve);

— dal d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109, l'art. 25-*duodecies* (« Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare »: sanzione pecuniaria da cento a duecento quote « entro il limite di 150.000 euro »; non sono contemplate sanzioni interdittive); disposizione successivamente interpolata dalla l. 17 ottobre 2017 n. 161 che ha aggiunto i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* (per le cui fattispecie sono contemplate sanzioni pecuniarie di varia entità — per i delitti più gravi fino a mille quote — e anche sanzioni interdittive per una durata non inferiore a un anno);

— dalla l. 20 novembre 2017 n. 167, l'art. 25-*terdecies* (« Razzismo e xenofobia »: sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote, sanzioni interdittive per una durata non inferiore a un anno);

— dalla l. 3 maggio 2019 n. 39, l'art. 25-*quaterdecies* (« Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati »: sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote per i delitti — o fino a duecentosessanta quote se si tratta di contravvenzioni —, sanzioni interdittive per una durata non inferiore a un anno);

— dalla l. 19 dicembre 2019 n. 157, l'art. 25-*quinquiesdecies* (« Reati tributari »: la sanzione pecuniaria più grave può arrivare a cinquecento quote, le molteplici sanzioni interdittive fino a due anni), poi modificato dal d.lgs. 14 luglio 2020 n. 75 e dal d.lgs. 4 ottobre 2022 n. 156;

— dal cit. d.lgs. 14 luglio 2020 n. 75, l'art. 25-*sexiesdecies* (« Contrabbando »: la sanzione pecuniaria più grave è fino a quattrocento quote, le molteplici sanzioni interdittive possono arrivare fino a due anni), poi modificato dal d.lgs. 26 settembre 2024 n. 141 (« Disposizioni nazionali complementari al codice doganale dell'Unione e revisione del sistema sanzionatorio in materia di accise e altre imposte indirette sulla produzione e sui consumi ») che ha parzialmente attuato la delega al governo per la riforma fiscale di cui alla l. 9 agosto 2023 n. 111;

— dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 184, l'art. 25-*octies*.1 (« Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti e trasferimento fraudolento di valori »: la sanzione pecuniaria più grave è fino a ottocento quote, applicabili tutte le sanzioni interdittive fino a due anni), interpolato dalla l. 9 ottobre 2023 n. 137;

— dalla l. 9 marzo 2022 n. 22, l'art. 25-*septiesdecies* (« Delitti contro il patrimonio culturale »: le sanzioni pecuniarie ed interdittive

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

previste possono arrivare ai livelli edittali massimi di — rispettivamente — novecento quote e due anni);

— dalla sopra cit. l. 9 marzo 2022 n. 22, l'art. 25-*duodevicies* (« Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici »: la sanzione pecuniaria è da cinquecento a mille quote).

Significative modifiche a importanti reati-presupposto — si allude agli artt. 25 (corruzione e altre fattispecie) e 25-*ter* (reati societari) — sono state inoltre apportate dalla l. 6 novembre 2012 n. 190 (« Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione »), dalla l. 27 maggio 2015 n. 69 (« Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio »), dalla l. 9 gennaio 2019 n. 3 (« Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici »), dal d.lgs. 2 marzo 2023 n. 19 (« Attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere ») e dalla l. 8 agosto 2024 n. 112 (« Misure urgenti in materia penitenziaria, di giustizia civile e penale e di personale del Ministero della giustizia ») che ha espunto — convertendo il d.l. 4 luglio 2024 n. 92 — dall'art. 25 la controversa *figura criminis* dell'abuso d'ufficio (abrogata dalla l. 9 agosto 2024 n. 114), inserendovi al contempo il nuovo delitto di « indebita destinazione di denaro o cose mobili » (art. 314-*bis* c.p.).

Da tenere inoltre presente gli interventi man mano effettuati con riferimento *alle singole fattispecie penali* richiamate nei "cataloghi" dei reati-presupposto: talvolta aggiunte a questi ultimi, in altri casi modificate nel loro dato testuale (in sede di codice penale o di leggi penali speciali); non è possibile — nell'economia del *Manuale* — dare conto di questo complesso fenomeno, che ha prodotto una stratificazione normativa farraginosa.

A mero titolo di esempio, si pensi alla l. 1º ottobre 2012 n. 172 che — in ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (Lanzarote, 25 ottobre 2007) — ha sostituito il testo dell'art. 600-*bis* c.p. (« Prostituzione minorile ») e modificato in più parti quello dell'art. 600-*ter* c.p. (« Pornografia minorile »): si tratta, per l'appunto, di due figure delittuose contemplate dall'art. 25-*quinquies* (« Delitti con-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tro la personalità individuale ») del d.lgs. n. 231 del 2001. Sempre esemplificando, il reato-presupposto di « Razzismo e xenofobia » (art. 25-*terdecies*) — introdotto dalla l. n. 167 del (novembre del) 2017 — è stato modificato, dopo pochi mesi, dal d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21 che ne ha abolito la fattispecie "cardine" (l'art. 3 della l. 13 ottobre 1975 n. 654) introducendo una di nuovo conio, ossia l'art. 604-*bis* c.p. (« Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale[,] etnica e religiosa »), norma da intendersi richiamata dall'art. 25-*terdecies* in virtù delle disposizioni di coordinamento (art. 8 comma 1) del d.lgs. n. 21 del 2018. Le fattispecie di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio (annoverate nell'art. 25-*octies*) sono state tutte modificate dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 195 (« Attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale »). Ancora, la l. 9 ottobre 2023 n. 137 ha interpolato l'art. 24 (« Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione Europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture ») aggiungendo le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-*bis* c.p.).

Qualche parola, infine, sulla intricata selva dei reati ambientali.

La l. 4 giugno 2010 n. 96 — altrimenti detta « Comunitaria 2009 » — aveva delegato il Governo a recepire due direttive dell'Unione europea (v., *supra*, cap. II, § 3), sulla tutela penale dell'ambiente e sull'inquinamento provocato dalle navi, le quali imponevano agli Stati membri di estendere alle persone giuridiche la responsabilità per i reati ambientali. Il cit. d.lgs. n. 121 del 2011 ha così provveduto, da un lato, a inserire, nella cornice dei reati — di natura contravvenzionale — contemplati dal c.p., le nuove fattispecie dell'art. 727-*bis* c.p. (« Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette ») e dell'art. 733-*bis* c.p. (« Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto »), dall'altro lato, a introdurre, nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità degli enti (art. 25-*undecies*), alcuni illeciti ambientali già previsti dal nostro ordinamento penale, nonché le due fattispecie appena citate. Nel composito quadro dei reati elencati nell'art. 25-*undecies* ci limitiamo a ricordare quelli previsti: dal d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (così detto "codice dell'ambiente") in materia di scarichi di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

acque reflue industriali, di scarico in mare da parte di navi e aerei di sostanze di cui è vietato lo sversamento, di gestione di rifiuti e di controlli sulla loro tracciabilità, di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, di gestione delle discariche di rifiuti, di inquinamento (del suolo e atmosferico); dalla l. 7 febbraio 1992 n. 150 sul traffico e uso illeciti di specie animali e commercio di piante riprodotte artificialmente; dalla l. 28 dicembre 1993 n. 549 sull'impiego di sostanze nocive per lo strato di ozono; dal d.lgs. 6 novembre 2007 n. 202 sullo sversamento (doloso e colposo) in mare di sostanze inquinanti. La l. 22 maggio 2015 n. 68 (« Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente ») ha poi rivisitato in larga parte la materia — con un'opera di "ri-codificazione" — mentre il d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21 ha apportato ulteriori modifiche a talune fattispecie.

Le sanzioni pecuniarie, previste per tutte le *figurae criminis* richiamate dall'art. 25-*undecies*, sono calibrate in funzione della gravità dei singoli reati-presupposto e coprono la banda di oscillazione edittale (da centocinquanta a mille quote). Il grave delitto di « attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti » è ora previsto dall'art. 452-*quaterdecies* c.p. e resta annoverato tra i reati-presupposto in virtù del richiamo effettuato dall'art. 8 del cit. d.lgs. n. 21 del 2018. Le sanzioni interdittive — di durata non superiore, secondo i casi, a sei mesi o a un anno — sono contemplate per pochi reati (v. art. 25-*undecies* commi 1-*bis* e 7); l'interdizione definitiva dall'esercizio delle attività si applica per le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti e per l'inquinamento doloso causato da navi, qualora l'ente o una sua attività organizzativa siano stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la loro commissione (art. 25-*undecies* comma 8).

Alla luce di quanto fin qui esposto resta da valutare, nel medio-lungo periodo, l'impatto, sul sistema penale complessivamente inteso, del « principio della riserva di codice », per il quale « [n]uove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia » (art. 3-*bis* c.p., coniato dal d.lgs. n. 21 del 2018).

2. Reati "tipici" dell'impresa lecita e fattispecie eccentriche.

Paradossalmente, un elenco così aggiornato come quello appena illustrato non solo sconfina in un'inutile e dannosa ipertrofia ma nemmeno concretizza l'indicazione dell'art. 11 della l. delega volta, in

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

buona sostanza, a contemplare le conseguenze di taluni reati compiuti nel corso della lecita attività d'impresa. Pur essendo innegabile che numerose aggiunte ai reati-presupposto siano l'effetto di (ineludibili) adempimenti ad altrettanti obblighi internazionali contratti dal nostro Paese, resta ferma la constatazione di un agglomerato di reati « eterogenei » (ALESSANDRI), molto spesso non riconducibili al cono d'ombra dell'agire imprenditoriale (v., *supra*, cap. IV, § 2): eclatante l'esempio — citato da più parti — dell'art. 25-*quater.*1 (« Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili »); e non dissimile valutazione critica può essere formulata rispetto ai reati — la cui matrice è politico-ideologica — di « razzismo e xenofobia » di cui all'art. 25-*terdecies*.

È tuttavia il coinvolgimento di fattispecie delittuose tipiche della *criminalità organizzata* a rischiare di alimentare confusione sul confine tra *illeciti economici d'impresa* e associazioni criminali in senso stretto: per queste seconde, l'arsenale di reati e sanzioni, messo a disposizione dal diritto penale "classico", risultava ampiamente sufficiente e non bisognoso di eterointegrazioni da parte della legislazione sugli enti (*a fortiori*, dopo l'introduzione nel "codice antimafia" degli istituti dell'amministrazione e del controllo giudiziari delle aziende: v., *infra*, cap. XXV). Per tale motivo, è da ritenersi « incongruo » l'ampliamento del catalogo dei reati con quelli di criminalità organizzata (art. 24-*ter*), di terrorismo (art. 25-*quater*) e di contrabbando (art. 25-*sexiesdecies*). Analoga conclusione per i delitti di falso in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo — anche con riferimento agli illeciti introdotti dalla l. n. 99 del 2009 (v., *supra*, § 1) — di falso in strumenti e segni di riconoscimento *ex* art. 25-*bis*, di delitti contro l'industria e il commercio (si pensi alla vendita di prodotti industriali con segni mendaci e alla fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale: art. 25-*bis*.1), di riduzione in schiavitù e pedopornografia (art. 25-*quinquies*), di violazione del diritto d'autore (art. 25-*novies*), di riciclaggio di beni culturali e saccheggio di beni culturali e paesaggistici (art. 25-*duodevicies*); lo stesso vale — in parte — per l'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 25-*duodecies*) e per la frode in competizioni sportive, l'esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati (art. 25-*quaterdecies*). Sono, infatti, delitti tutti « indicativi di una struttura organizzata intimamente, essenzialmente criminale » (ALESSANDRI).

Non sono inoltre da sottovalutare, per restare nel campo dei delitti di criminalità organizzata, le possibili conseguenze di una sorta di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

norma "in bianco" — prevista dal comma 1 dell'art. 24-*ter* — la quale fa riferimento « ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* [del codice penale] ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni [di stampo mafioso] previste dallo stesso articolo »; trattasi di un rinvio ad un numero potenzialmente indeterminato di fattispecie suscettibile di provocare, a sua volta, una dilatazione del sistema della responsabilità degli enti: ciò, in contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale, naturale corollario di quello di legalità, accolto nell'art. 2 (v., *supra*, cap. III, § 2). E perplessità non dissimili, con riguardo al mancato rispetto del principio di determinatezza dell'illecito, affiorano riguardo alla disposizione del quarto comma dell'art. 25-*quater* (reati di terrorismo), a causa del rinvio, in essa contenuto, ad atti internazionali — cioè la Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo — le cui tecniche di tipizzazione della norma penale producono notevoli asimmetrie rispetto ai reati (di terrorismo) previsti dal nostro ordinamento.

Seppur non biasimevole sotto il profilo criminologico, persino l'introduzione dei reati *societari* (art. 25-*ter*) — con previsioni sanzionatorie circoscritte alla sola sanzione pecuniaria e schiacciate su livelli edittali « bagatellari » (Piergallini) — non ha potuto non risentire della valutazione, unanimemente negativa, formulata nei confronti della riforma del diritto penale societario compiuta con il d.lgs. n. 61 del 2002 (le ulteriori modifiche in materia — ad opera delle leggi 27 maggio 2015 n. 69 e 9 gennaio 2019 n. 3, nonché del d.lgs. 2 marzo 2023 n. 19 — non legittimano peraltro un significativo ripensamento sul punto).

La progressiva dilatazione dei reati-presupposto nemmeno corrispondeva, peraltro, agli auspici di parte della dottrina, secondo la quale il « vero e impegnativo banco di prova dell'ampliamento è altrove », proprio in quanto « sono i reati colposi quelli che, essenzialmente, possono trovare una ragionevole soluzione *in termini di prevenzione* mediante l'ampliamento della responsabilità delle persone giuridiche » (Alessandri). È, dunque, solo grazie ai citati provvedimenti in materia di tutela penale della sicurezza sui luoghi di lavoro (l. n. 123 del 2007 e d.lgs. n. 81 del 2008) e dell'ambiente (d.lgs. n. 121 del 2011) che il sistema della responsabilità amministrativa degli enti ha compiuto l'atteso salto di qualità, anche se ciò non si è tuttora tradotto in un'applicazione omogenea della normativa sul territorio nazionale (Ferro).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Quindi, accanto ai reati connessi agli infortuni sul lavoro (art. 25-*septies*), ed agli illeciti nel settore della tutela dell'ambiente (art. 25-*undecies*), l'elenco delle *figurae criminis* riconducibili, in termini di coerenza, all'area del rischio penale d'impresa, si riduce a quelle dell'impianto del 2001 — in origine: 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), concussione e corruzione (art. 25) — ed a quelle (non numerose), degli anni successivi, in materia di abusi di mercato (art. 25-*sexies*), di riciclaggio (art. 25-*octies*), di criminalità informatica (art. 24-*bis*), di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 25-*novies*) e di reati tributari (art. 25-*quinquiesdecies*). Indubitabile che le fattispecie di *market abuse* si attaglino all'attività delle società che operano, in speciale modo, sui mercati finanziari, che il reato di riciclaggio costituisca un rischio tipico delle banche, degli intermediari finanziari, delle assicurazioni e dei grandi centri commerciali, che nella commissione di reati informatici possano incorrere tutte le imprese organizzate e/o connesse in reti telematiche; per ragioni intuitive, non appariva inoltre procrastinabile (si è dovuto attendere l'autunno del 2019) l'inserimento dei reati tributari. Forse meno intuitiva è la *ratio* della previsione di una responsabilità dell'ente per l'induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria: essa si spiega nella prospettiva processuale, poiché la fattispecie è intesa ad impedire che la difesa della persona fisica (autrice del reato-presupposto) patisca un *vulnus* di fronte alla potenza soverchiante delle esigenze difensive dell'ente-imputato, perseguite attraverso illeciti strumenti di coartazione.

In conclusione, se indiscutibile è l'esigenza che il catalogo dei reati-presupposto debba subire una decisa potatura, anche al fine di orientare la magistratura all'effettivo perseguimento della *tipica* illegalità d'impresa, non meno fondata appare la constatazione per la quale episodi di gravissime stragi connesse alla circolazione ferroviaria e automobilistica — riconducibili a colpevoli omissioni in materia di sicurezza e di manutenzione delle infrastrutture — esigano l'introduzione dei delitti colposi di danno (art. 449 c.p.) nel decreto del 2001.

3. Tentativo e impedimento volontario del reato.

L'art. 26 comma 1 estende la responsabilità degli enti alle ipotesi di delitto tentato — per le fattispecie espressamente indicate negli artt. 24

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ss. — prevedendo, a livello di trattamento sanzionatorio, la riduzione delle sanzioni pecuniarie e interdittive da un terzo alla metà.

L'ambito di applicazione della disciplina in oggetto va saggiato con prudenza, in quanto non tutte le previsioni incriminatrici, elencate nel capo primo del d.lgs. n. 231 del 2001, sono coniugabili nella forma del tentativo; si pensi, ad esempio, all'omicidio colposo e alle lesioni colpose gravi e gravissime commesse con violazione delle norme sulla sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro (art. 25-*septies*), alle numerose fattispecie contravvenzionali elencate nei reati societari (art. 25-*ter*) e ambientali (art. 25-*undecies*), e, sotto diversa angolatura, ai richiami — dai contorni alquanto incerti e poco rispettosi del principio di tipicità della fattispecie penale — a taluni delitti di terrorismo di cui all'art. 25-*quater* (nonché ai rinvii effettuati alla convenzione internazionale di New York del 1999, alla quale fa riferimento il quarto comma della norma medesima).

Il *quantum* della decurtazione, stabilita dall'art. 26 comma 1, risulta inferiore a quello previsto, per le persone fisiche, dall'art. 56 comma 1 c.p. (fino a due terzi, per le pene temporanee); tale dato è stato interpretato come segnale della volontà del legislatore di « prevenire il pericolo che siano irrogate alla *societas* sanzioni troppo miti e sproporzionate per difetto alle sue condizioni economiche e alla sua capacità a delinquere » (De Simone). Le riduzioni contemplate per il tentativo non possono comunque comportare l'abbattimento della sanzione pecuniaria al di sotto della soglia minima individuata dall'art. 12 comma 4 (10.329 euro) e della durata di quella interdittiva sotto il limite di tre mesi (art. 13 comma 2).

La dimensione premiale del sistema risulta invece particolarmente accentuata nella disciplina del recesso attivo: la persona giuridica *non risponde* quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento (art. 26 comma 2): la divaricazione rispetto all'omologa previsione per le persone fisiche è, in questo caso, netta (cfr. art. 56 comma 4 c.p.). Si è al cospetto di una « *causa di esclusione della punibilità dell'ente* » (De Simone), la quale riflette la « filosofia preventiva che percorre trasversalmente l'intero decreto legislativo » (Relazione), intesa a stimolare l'impresa vuoi alla prevenzione del rischio di reato connesso alle sue attività, vuoi alla riparazione delle conseguenze dell'illecito perpetrato. E, laddove « la contro-azione dell'ente [sia] tempestiva ed interna alla dinamica del fatto e ne scongiur[i] la consumazione », il bisogno di pena « viene completamente meno » (Relazione).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO QUINTO

LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE. I CRITERI D'IMPUTAZIONE. IL GRUPPO DI IMPRESE

SOMMARIO: 1. La responsabilità dell'ente: criteri oggettivi e soggettivi d'imputazione. — 2. (*Segue*): i requisiti del vantaggio e dell'interesse. — 3. (*Segue*): i due criteri in rapporto ai reati colposi. — 4. (*Segue*): la clausola di irresponsabilità dell'ente. — 5. Le categorie dei soggetti in posizione apicale. — 6. I subordinati. — 7. Un fenomeno non regolamentato: il gruppo di imprese. — 8. (*Segue*): l'inafferrabilità del concetto di "interesse di gruppo".

1. La responsabilità dell'ente: criteri oggettivi e soggettivi d'imputazione.

Come si è avuto modo di vedere, la scelta di fondo della normativa sulla responsabilità per reato degli enti postula il superamento del principio *societas delinquere non potest* (cap. I, § 2); una volta sposata una prospettiva di « individuazione di criteri di ascrizione *normativa*, destinati a supplire alla carente capacità naturalistica di azione dell'ente » (PALIERO), il predetto sbarramento concettuale è venuto a cadere. Il legislatore del 2001 è così approdato « all'idea che la persona giuridica è *normativamente* capace di azione, tramite il ricorso a nessi di collegamento che permettano di riferirle il fatto »; consentanea a tale impostazione è stata la teoria organicistica, per la quale « le azioni dei soggetti che agiscono in qualità di organi dell'ente sono da ritenere azioni dell'ente » (ID.). Fermo restando che non è proficuo ricorrere ai tradizionali paradigmi di azione concepiti per l'essere umano e che l'approccio della immedesimazione organica (richiamato, tra le altre, da Cass. 18 febbraio 2010, n. 27735) non contribuisce a fare luce sul problema del *soggetto* — cioè l'ente — al quale viene mosso il rimprovero di disorganizzazione nella prevenzione degli illeciti (ALESSANDRI), occorre qui esaminare qual è stata la soluzione escogitata per ancorare la responsabilità del soggetto collettivo al fatto di reato della

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

persona fisica (il quale costituisce, come è noto, il presupposto della responsabilità medesima). In altri termini, si tratta di analizzare — in prima battuta — il *criterio di imputazione* (della responsabilità) sul piano *oggettivo*.

Il legislatore ha cercato una formula linguistica adeguata per individuare le situazioni in cui i soggetti che agiscono "in nome" della società o — con una locuzione di sapore civilistico — "per suo conto", ne impegnano la responsabilità. Tra le ipotesi inizialmente adombrate, l'espressione « per conto » è stata accantonata poiché rifletteva una « nozione di tipo formale, dalla scarsa portata euristica » (Di Giovine). E avendo già la stessa l. delega specificato (art. 11 comma 1 lett. *e*) che la responsabilità della *personne morale* deriva da reati commessi a suo « vantaggio » o « interesse », il delegato ha avuto gioco facile nell'appropriarsi di entrambi i sostantivi. Così, l'ente « è responsabile per i reati » — di cui agli artt. 24 ss. — « commessi nel suo interesse o a suo vantaggio » da persone inquadrate, a vario titolo, nella sua struttura (art. 5 comma 1); viceversa, per il caso in cui tali soggetti abbiano agito « nell'interesse esclusivo proprio o di terzi », è stata contemplata una causa oggettiva di esclusione della responsabilità (« l'ente non risponde »: comma 2).

In quanto criteri *oggettivi* di imputazione, l'interesse e il vantaggio sono « *orientati sul fatto* e sulla *responsabilità* » (Paliero): si tratta di un importante profilo funzionale, da tenere bene presente al fine di correttamente distinguere i primi due dal *profitto* che — invece — « gioca il suo ruolo limitatamente all'*imputazione della sola sanzione* » (Id.) della confisca (*ex* art. 19).

Accanto ai criteri oggettivi (interesse e vantaggio), l'art. 5 prevede i criteri *soggettivi* d'imputazione: il reato-presupposto deve essere stato commesso dalle persone in posizione di vertice (comma 1 lett. *a*) o da quelle sottoposte alla direzione o vigilanza delle prime (comma 1 lett. *b*). Ascrivere l'autore del reato alla prima o alla seconda categoria è operazione dalla quale derivano *fondamentali conseguenze sul versante processuale*. Se il reato è stato commesso da una persona in posizione apicale (lett. *a*), « l'ente non risponde se prova » che ha adottato un efficace modello organizzativo, che ha attribuito la vigilanza sul medesimo ad un organo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (e che tale attività di controllo non ha patito omissioni o insufficienze), che la persona ha commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello (art. 6 comma 1 lett. *a-d*): come si può notare, laddove il reato-presupposto sia attribuibile a questi soggetti l'onere di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

provare quella che è una vera e propria circostanza esimente *ricade sull'ente*. Viceversa, se il reato è da imputare a un soggetto sottoposto all'altrui direzione (lett. *b* dell'art. 5 comma 1), l'ente « è responsabile » se la commissione del suddetto reato « è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza » (art. 7 comma 1): dimostrare questa condizione *sostanziale* della responsabilità è compito del pubblico ministero.

In altre parole, i criteri *soggettivi* di imputazione previsti dall'art. 5 vanno coniugati o con la *regola di ripartizione dell'onere probatorio* dell'art. 6 (dimostrazione dell'esimente a carico dell'ente) — se l'autore del reato è un soggetto apicale — o con il *requisito della responsabilità* di cui all'art. 7 (la commissione del reato è dipesa dall'*inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*) — se l'autore del reato è un dipendente — requisito la cui allegazione incombe sul pubblico ministero. Il rapporto *logico* tra i criteri d'imputazione (art. 5) e gli istituti di cui agli artt. 6 e 7 si atteggia dunque in termini diversificati. Nel caso di reato-presupposto imputato ad un soggetto apicale « l'ente non risponde se prova che » (art. 6 comma 1): la regola è schiettamente *processuale* e declina *l'onere della prova*. Qualora il reato-presupposto sia ascritto ad un subordinato « l'ente è responsabile » (se il reato è stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza: art. 7 comma 1): la regola è di natura *sostanziale* e, per così dire, "completa" la condizione prevista dall'art. 5 comma 1 lett. *b*, cioè a dire, se le « persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza » degli apicali commettono un reato-presupposto, questo impegna la responsabilità dell'ente ove riconducibile all'inosservanza dei suddetti obblighi (e il compito di dimostrare ciò è a carico dell'accusa).

Riassumendo, l'onere di provare le condizioni *oggettive* e *soggettive* di imputazione di cui all'art. 5 ricade sul pubblico ministero, il quale dovrà pertanto dimostrare:

1) la sussistenza di uno dei reati-presupposto di cui agli artt. 24 ss.;

2) il fatto che il suddetto sia stato compiuto nell'interesse o a vantaggio dell'ente;

3) laddove abbia identificato l'autore del reato-presupposto — occorre però tenere presente l'importante eccezione prevista dall'art. 8 (v., *infra*, cap. VI, § 1) — che si tratti di un "apicale" (art. 5 comma 1 lett. *a*) o di un subordinato (lett. *b*): all'inquadramento nell'una o nell'altra categoria soggettiva corrispondono *altrettante* e *diversificate* regole probatorie, cioè quelle previste — rispettivamente — dagli artt. 6 e 7 (nonché il requisito *sostanziale* della responsabilità, previsto da

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quest'ultima norma, ossia l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza).

Poiché l'art. 5 — significativamente rubricato « Responsabilità dell'ente » — compendia i criteri *oggettivi* e *soggettivi* d'imputazione della responsabilità *ex crimine* dell'ente è ora necessario analizzare entrambi separatamente.

2. (*Segue*): i requisiti del vantaggio e dell'interesse.

Riguardo alle due condizioni in esame, il criterio dell'« interesse » è ben differente da quello del « vantaggio »: sia l'interpretazione letterale che quella sistematica confermano l'assunto. Per la prima, la disgiuntiva « o » (*ex* art. 5 comma 1) palesa indiscutibilmente l'autonomia dei due requisiti. La seconda poggia sulla lettura combinata dell'art. 5 con l'art. 12 comma 1 lett. *a*: quest'ultimo — che disciplina uno dei casi di riduzione della sanzione pecuniaria — contempla l'ipotesi dell'autore del reato che ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo; si configura così « una situazione in cui sussistono contestualmente entrambi i presupposti: l'*interesse* dell'autore materiale dell'illecito o di un terzo soggetto e il *vantaggio* minimo che l'ente ha ricavato dal reato » (Astrologo); di conseguenza, le due condizioni non sono sovrapponibili.

Vediamo ora quali significati attribuire ai requisiti in parola.

L'« interesse » è identificato con la condotta delittuosa della persona fisica sotto un profilo *soggettivo-finalistico* e, per soppesarlo, si rimanda ad una verifica che deve tenere conto del contesto temporale in cui si è svolta l'azione; il giudice deve cioè valutarlo ponendosi « *nel momento dell'azione* »: ne consegue che l'interesse può "arrestarsi" « alla mera *potenzialità* senza poi — una volta conclusosi l'*iter* criminoso — *tradursi in atto*, ed anzi dimostrarsi », alla successiva valutazione del giudice, « già *ab origine* mancante » (Paliero; v. anche Cass. 26 aprile 2012, n. 40380). Per questo motivo la dottrina lo definisce spesso come un criterio destinato ad operare *ex ante*.

Con riguardo al « vantaggio » — lucrabile dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse — si rinvia ad un apprezzamento *oggettivo*, necessariamente *successivo* all'evento-reato (Relazione; Cass. 9 luglio 2009, n. 36083). Dunque, a differenza dell'interesse, il vantaggio è criterio « *sempre* ex post » e il giudice lo deve valutare « ponendosi *nel momento del risultato* (una volta inte-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

gratosi, cioè, l'*evento*-reato-presupposto) » (PALIERO). Questo requisito deve sempre essere « *empiricamente* verificato 'a cose fatte': o *esiste*, o *non esiste*, una volta consumatosi il reato-presupposto, e ripercorrendone l'*iter* » (ID.).

La giurisprudenza di legittimità conforta la suddetta interpretazione precisando che il criterio oggettivo di responsabilità « esprime due concetti giuridicamente diversi » (Cass. 20 dicembre 2005, n. 3615), potendosi distinguere « un interesse 'a monte' per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato *ex ante* » (Id. 17 marzo 2009, n. 13678).

Quanto all'individuazione del loro profilo, per così dire, "sostanziale", secondo la tesi preferibile il criterio dell'interesse « ben può tollerare contenuti (ancora) del tutto *potenziali* e orientarsi a (futuri) vantaggi disancorati da *utilities* in parte — anche se, ovviamente, non del tutto — prive di *materialità* (patrimoniale, economica, finanziaria etc.) »; viceversa, « ciò non potrà predicarsi del *vantaggio*, che *comunque*, anche se latamente interpretato [...], non potrà mai venir disancorato dall'impatto su beni *materiali* », i quali devono essere in qualche modo riconducibili al « bene-guida *finale* in questa materia, rappresentato dal *patrimonio* » (PALIERO).

3. (*Segue*): i due criteri in rapporto ai reati colposi.

L'interpretazione dei due requisiti ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza con esiti alterni a seconda che si trattasse di declinarli con reati-presupposto di matrice dolosa o colposa. Ma se conciliare interesse e vantaggio con i reati di matrice dolosa non ha presentato eccessivi problemi, altrettanto non si può dire per quanto riguarda quelli colposi. Come è possibile sostenere — si è interrogato taluno — che l'omicidio colposo del lavoratore, ascrivibile alla violazione della normativa antinfortunistica (*ex* art. 25-*septies*), possa risolversi in un interesse o in un vantaggio per l'azienda?

La prospettazione di una risposta richiede una premessa. Nei reati-presupposto, dolosi o colposi che siano, il nucleo del rimprovero all'ente « resta sempre identico: quello di un'*inadeguatezza organizzativa*, che si sostanzia nel non aver assunto ragionevolmente in carico la possibilità di un esito criminoso di un segmento dell'attività di impresa »; si può dunque prospettare una sorta di "colpa", in entrambe le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

categorie di illeciti, nel senso di « *indifferenza* (*no care*) per gli interessi potenzialmente pregiudicabili » (ALESSANDRI). Con specifico riferimento agli illeciti *colposi* occorre poi verificare se la colpa della persona fisica derivi dalla « mancanza di un'adeguata organizzazione prevenzionistica, se cioè la regolamentazione funzionale dell'ente abbia oggettivamente lasciato varchi, utilizzati poi dal singolo in modo colposo » (ID.). È pertanto ipotizzabile che l'*omissione* di comportamenti *doverosi* (da parte del datore di lavoro) *imposti da norme di natura cautelare* — cioè quelle intese a prevenire gli infortuni sul luogo di lavoro (o taluni illeciti ambientali) — si concretizzi « in un contenimento dei costi aziendali, suscettibile di essere qualificato *ex post* come 'vantaggio' » (BRICHETTI-PISTORELLI). Si pensi, per esempio, alla mancata fornitura di mezzi di protezione alle maestranze, o alla non revisione dei macchinari, entrambe dettate da esigenze di risparmio. La questione tuttavia si complica quando ci si trovi al cospetto di una mera *culpa in vigilando* e la violazione della norma a contenuto cautelare non sia apprezzabile sotto il profilo del vantaggio (o dell'interesse) dell'ente: in questo caso bisogna evitare che la responsabilità di quest'ultimo « scivoli verso inaccettabili, quanto fatali orizzonti di responsabilità oggettiva » (ALESSANDRI).

Dal canto suo, la giurisprudenza ha elaborato indirizzi interpretativi che, negli ultimi anni, paiono essersi consolidati. Di seguito, i principali filoni.

La Suprema corte aveva*, in primis*, definitivamente chiarito che nei reati colposi il criterio di collegamento tra ente e illecito va rapportato *non all'evento delittuoso*, bensì alla *violazione delle regole cautelari* che ha reso possibile la commissione del reato; solo la mancata realizzazione dei presidi preventivi — volti a tutelare la sicurezza e la salute del lavoratore — può risolversi nell'interesse o vantaggio dell'ente, ossia nel senso di lucrare un risparmio dei costi di gestione, *mentre l'evento lesivo* — di per sé controproducente per l'azienda — va ascritto all'ente medesimo per il fatto di essere *conseguenza* della *violazione delle regole cautelari*; in tale prospettiva, il finalismo della condotta si armonizza con la non volontarietà dell'evento, cioè a dire la caratteristica intrinseca degli illeciti colposi (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, ThyssenKrupp). Peraltro, una risalente pronuncia di merito ritenne i requisiti dell'interesse o del vantaggio del tutto compatibili con la struttura del reato colposo: si deve accertare, di volta in volta, se la condotta colposa, che ha determinato l'evento morte o le lesioni, sia stata o meno causata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente, ovvero se la condotta in questione abbia comportato un beneficio per quest'ultimo, senza che si palesassero interessi esclusivi di altri (Trib. Trani 26 ottobre 2009).

La Corte regolatrice è successivamente approdata a conclusioni — da cui non si è più discostata — sul requisito del vantaggio, declinato come *risparmio di spesa*. Se l'evento illecito è il risultato della mancata adozione di misure preventive, si può sostenere che tale omissione ha garantito un vantaggio alla società, nella forma di un risparmio di costi, con « conseguente massimizzazione del profitto » (Cass. 19 maggio 2016, n. 31210; Id. 17 dicembre 2015, n. 2544). Ancora, la sussistenza dell'interesse o vantaggio, derivante dalle omissioni contestate all'autore del reato-presupposto, è « congruamente argomentata con riferimento al consistente risparmio di costi per l'ente, in particolare relativi alle consulenze in materia, agli interventi strumentali necessari, nonché alle attività di formazione e informazione del personale. Né, in senso contrario, potrebbe escludersi tale presupposto valorizzando, nello specifico, la spesa irrisoria sostenuta dall'ente per l'applicazione, successivamente al sinistro, dello strumentario di sicurezza mancante (nella specie, [...] griglie di protezione di un macchinario), ove risulti dimostrato che tale spesa doveva comunque considerarsi solo il momento finale di un percorso di attuazione di una strategia organizzativa globale all'epoca dei fatti mancante e solo successivamente instaurata, richiedente un importante impegno di spesa » (Cass. 19 febbraio 2015, n. 18073).

Nel solco così tracciato, la più recente giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di occuparsi di una variegata casistica e di cristallizzare taluni orientamenti.

La responsabilità dell'ente per violazione delle regole cautelari antinfortunistiche può essere ravvisata « nel risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dei procedimenti e dei presidi di sicurezza; nell'incremento economico conseguente all'incremento della produttività non ostacolata dal rispetto della normativa prevenzionale; nel risparmio sui costi di consulenza, sugli interventi strumentali, sulle attività di formazione e informazione del personale; o, ancora, nella velocizzazione degli interventi di manutenzione e di risparmio sul materiale » (Cass. 9 gennaio 2024, n. 1971; conformi, Id. 24 maggio 2022, n. 34943 e Id. 20 maggio 2021, n. 30321, la quale pone l'accento sulla importanza della formazione dei lavoratori da parte dell'azienda). Il risparmio di spesa integra il criterio di imputazione oggettiva del vantaggio anche quando sia « esiguo, ma oggettivamente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

apprezzabile » e « collegato a condotte illecite anche non sistematiche », potendo altresì consistere « soltanto nella riduzione dei tempi di lavorazione » (Cass. 16 marzo 2023, n. 26805; Id. 30 giugno 2022, n. 33976; Id. 24 marzo 2021, n. 12149; Id. 22 settembre 2020, n. 29584; Id. 22 gennaio 2020, n. 13575; Id. 4 ottobre 2019, n. 3157; Id. 24 gennaio 2019, n. 16598); con riguardo ai reati di omicidio colposo plurimo e di lesioni personali aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica, la Suprema corte ha inoltre stabilito che « il criterio di imputazione oggettiva del vantaggio, rappresentato dalla ricezione di un compenso, dall'aumento di fatturato e dall'ampliamento dei settori di operatività, ricorre anche a fronte di una singola condotta illecita, ove il vantaggio sia oggettivamente apprezzabile e ad essa eziologicamente collegato » (Cass. 24 marzo 2022, n. 20559).Quanto alla *prova* del criterio del vantaggio, da un lato, è stato (ribadito e) puntualizzato che « non è necessaria la sistematicità delle violazioni antinfortunistiche, essendo ravvisabile tale criterio di imputazione anche in relazione a una trasgressione isolata, allorché altre evidenze fattuali dimostrino la consistenza del vantaggio derivato all'ente dalla commissione del reato, in quanto la sistematicità delle violazioni attiene al piano prettamente probatorio, quale possibile indizio della consistenza del vantaggio » (Cass. 24 marzo 2021 n. 12149 e Id. 3 marzo 2021 n. 22256); dall'altro, si è chiarito che « allorquando l'inosservanza delle regole cautelari antinfortunistiche sia occasionale e il vantaggio per l'ente sia esiguo [,] per l'addebito a carico dell'ente deve essere fornita la prova della prevalenza delle esigenze della produzione e del profitto » (Id. 17 maggio 2022, n. 34936).

Concludendo sul punto: occorre evitare di scivolare in forme — più o meno esplicite — di responsabilità oggettiva dell'ente; per questo motivo, la « versione (più garantista) di marca '*oggettivistica*' orientata sul criterio del *vantaggio* è 'costretta' a circoscrivere la responsabilità della persona giuridica ai casi in cui sia verificabile un '*risparmio di spesa*' causalmente connesso al *deficit* di sicurezza dal quale sia direttamente derivato l'evento tipico del reato-presupposto » (PALIERO).

4. (*Segue*): la clausola di irresponsabilità dell'ente.

L'art. 5 comma 2 prevede che la società non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi; come si è anticipato, essa costituisce una causa oggettiva di esclusione della responsabilità o, in altri termini, « una circostanza

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

interruttiva [d]el nesso di ascrizione oggettivo » (PALIERO). Scopo della proposizione normativa è quello di disciplinare « il caso di 'rottura' dello schema di immedesimazione organica », cioè a dire le ipotesi in cui « il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo » (RELAZIONE). Si tratta, a ben vedere, di un'applicazione della regola generale prevista dal comma 1 (anche se dottrina autorevole l'ha criticata per avere introdotto nel sistema « un non trascurabile elemento di asimmetria »: PALIERO).

La fattispecie non menziona peraltro il requisito del « vantaggio »; una scelta giustificata dal fatto che, qualora risulti la « manifesta estraneità della persona morale » — in quanto il reato commesso dalla persona fisica persegue *l'interesse esclusivo di quest'ultima o di terzi* — il giudice non dovrà neanche verificare se l'ente abbia « per caso tratto un vantaggio » (RELAZIONE). È così irrilevante « l'eventualità che, in base ad una verifica *ex post*, l'ente risulti averne tratto un vantaggio » (PECORELLA), vantaggio che potrebbe sì ridondare a favore della società, ma « solo per caso fortuito » (DI GIOVINE; in questo senso anche Cass. 23 giugno 2006, n. 32627; netta, al riguardo, Id. 16 febbraio 2021, n. 45100, laddove puntualizza che il comma 2 dell'art. 5 si riferisce « alle ipotesi in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo e, ove risulti per tal via la manifesta estraneità della persona giuridica, il giudice non dovrà neanche verificare se essa abbia *per caso* tratto un vantaggio »; in senso adesivo, in dottrina, MUCCIARELLI).

La giurisprudenza di legittimità ha comunque puntualizzato che l'ente non risponde quando il reato-presupposto del singolo non integra « neppure parzialmente » l'interesse dell'ente medesimo (Cass. 9 luglio 2009, n. 36083).

5. Le categorie dei soggetti in posizione apicale.

Gli autori del reato sono identificati nei soggetti in « posizione apicale », e cioè 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 dello stesso (art. 5 comma 1 lett. *a*) — ovvero, in un'ulteriore ipotesi, nelle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei primi (art. 5 comma 1 lett.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

b). Piuttosto che ricorrere ad una elencazione tassativa di soggetti, « difficilmente praticabile, vista l'eterogeneità degli enti e quindi delle situazioni di riferimento » (RELAZIONE), il decreto legislativo ha privilegiato formule elastiche, in grado di connotare la disciplina normativa in senso funzionalistico. E ciò è valso « sia in relazione all'ipotesi in cui la funzione apicale sia rivestita in via formale (prima parte della lettera *a*), sia in rapporto all''esercizio anche di fatto' delle funzioni medesime (seconda parte della lettera *a*) » (RELAZIONE).

I diversificati criteri *soggettivi* di imputazione della responsabilità dell'ente (*ex* art. 5) postulano la necessità di individuare quali figure della gerarchia aziendale rientrino nella definizione ritagliata, a livello generale, dal comma 1 lett. *a* della cit. norma e, per converso, quali defluiscano nella categoria contemplata dalla lett. *b* (soggetti sottoposti all'altrui direzione). E anche per l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione, idonei a prevenire i reati-presupposto, è imprescindibile inquadrare, nella corretta categoria di appartenenza, il personale dell'azienda. Al fine di reperire soluzioni plausibili bisogna ricorrere alle elaborazioni formulate dalla dottrina commercialistica (SANTI). Pertanto, con riferimento alle figure evocate, direttamente o indirettamente, dalla lett. *a* del primo comma (così detti apici), è necessario effettuare valutazioni specifiche — e senza pretesa alcuna, in questa sede, di esaustività — per:

1) *gli amministratori*: le persone fisiche in posizione apicale, che possono rilevare quali autori di reati fonte di responsabilità dell'ente, « sono senz'altro i membri del consiglio di amministrazione » (ID.) nel sistema tradizionale e in quello monistico; tra essi, alcuni sono altresì dotati del potere di rappresentanza, che può essere *organica* (tipica dei soggetti apicali) o *volontaria* (prerogativa dei soggetti sottoposti all'altrui direzione); l'amministratore unico della s.r.l. rientra tra i soggetti definiti « in posizione apicale » (Cass. 20 dicembre 2005, n. 3615);

2) *gli amministratori non delegati*: precisato che il consiglio di amministrazione rimane comunque titolare, in tutti i suoi membri, di una competenza concorrente rispetto a quella dei delegati e di penetranti poteri di controllo sull'operato degli stessi, va puntualizzato che, in caso di delega, anche i non delegati hanno l'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione e di fare, se a conoscenza di atti pregiudizievoli, quanto possono per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose;

3) *i componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza*: nel sistema dualistico la gestione dell'azienda spetta al « con-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

siglio di gestione », mentre il « consiglio di sorveglianza » è titolare di funzioni di controllo che assorbono quelle tradizionalmente riservate al collegio sindacale (oltre ad alcuni tipici poteri dell'assemblea); i primi sono annoverabili tra gli apicali; viceversa, si dovrebbero escludere dal novero dei soggetti che sono titolari del potere di indirizzo dell'impresa i componenti del consiglio di sorveglianza, in quanto non gestori; tuttavia, se al consiglio di sorveglianza è riconosciuto, nei singoli statuti, il potere di compiere atti di gestione attiva di indirizzo o di approvare operazioni di particolare rilevanza (come è accaduto, per esempio, in primari gruppi creditizi), allora i membri di quest'ultimo — in quanto soggetti che si ingeriscono, con partecipazione attiva, nell'alta direzione dell'impresa — sono sussumibili nella categoria degli apicali (cfr. DI GIOVINE);

4) *gli amministratori dipendenti*: laddove intercorrano rapporti di lavoro dipendente tra l'amministratore e la società — si pensi al caso di un organo amministrativo collegiale — la qualifica di « apicale » (art. 6) prevale su quella di « soggetto sottoposto all'altrui direzione » (art. 7);

5) *i direttori generali*: costoro « non sono organi ma dipendenti (e possono, in casi particolari, anche non esserlo) della società, i cui poteri di gestione derivano dal contratto di lavoro, e sono sottoposti alle direttive del consiglio di amministrazione; ciononostante — soprattutto nelle imprese di grandi o medio-grandi dimensioni — essi acquistano talvolta 'una importanza operativa preminente, di fatto pari o, addirittura, superiore a quella degli stessi amministratori'. Il che ne giustifica ampiamente la collocazione tra i soggetti posti in posizione 'apicale' » (DE SIMONE);

6) coloro in capo ai quali vi sia stato *un trasferimento o una delega di funzioni*: il delegante, se in posizione apicale, continua ad avere il dovere di sovraintendere all'organizzazione aziendale ed è dunque tenuto ad osservare il dovere di vigilanza e controllo su tutta la struttura (nessun effetto "liberatorio" ha il fatto che la funzione, da questi rivestita in via originaria, sia stata successivamente trasferita a terzi). Al fine di apprezzare la posizione del delegato (apicale o sottoposto) bisogna utilizzare taluni criteri che, spingendosi al di là della qualifica terminologica attribuita nel caso specifico, tengano conto del contenuto del potere trasferito, del tasso di autonomia del soggetto delegato, dei suoi poteri decisionali e organizzativi oltre che delle capacità di spesa per operare in via concreta (laddove questi indici siano positivi, i soggetti citati sono da considerarsi apici);

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

7) *le persone che dirigono unità periferiche dotate di autonomia finanziaria e funzionale*: cioè a dire, soggetti preposti a sedi secondarie, filiali, stabili organizzazioni territoriali di società estere, (direttori di) stabilimento (RELAZIONE); la soluzione richiede l'impiego di indici fattuali e non formali, nella logica dell'approccio *case by case* (ad esempio, rientra in questo novero il « funzionario di una società capogruppo che sia al tempo stesso amministratore di una controllata al 100% »: PALIERO). Si è suggerito — sulla base dell'interpretazione delle norme in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro — che l'"unità organizzativa" deve risultare da una frammentazione dell'impresa, dotata di una pluralità di centri, che siano tributari di un autonomo potere finanziario e operativo, che l'autonomia sia effettiva, che il potere di spesa sia congruo rispetto agli obiettivi perseguiti (a fronte di queste caratteristiche, sussiste la qualifica di apice in capo al dirigente dell'unità: SANTI); in particolare, il direttore di stabilimento è da annoverare tra le figure apicali;

8) *gli amministratori di fatto*: la definizione compendia situazioni eterogenee, quali l'amministratore il cui procedimento di investitura è invalido o incompleto, l'amministratore occulto o indiretto (il « socio non amministratore ma detentore della quasi totalità delle azioni, che detta dall'esterno le linee della politica aziendale e il compimento di determinate operazioni »: RELAZIONE), il centro decisionale esterno all'azienda (società capogruppo, *holding*); anche queste realtà necessitano un approccio interpretativo svincolato da formalismi e imperniato sulla individuazione della funzione esercitata in concreto; così, si è suggerito di verificare *se* il soggetto eserciti o meno in modo *continuativo* e *significativo* i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione: la continuità indica un'attività gestionale protratta nel tempo ed esclude una ingerenza episodica, la significatività si esplicita sia in una prospettiva interna (l'attività gestionale dell'amministratore deve riguardare aspetti importanti e rilevanti nell'attività istituzionale dell'ente), sia in una proiezione esterna (l'attività di costui riveste una portata cogente per i terzi e gli interlocutori dell'ente). Secondo taluni — infine — la qualifica in parola assume rilevanza solo con riferimento all'ente e non all'unità organizzativa (BASSI-EPIDENDIO): infatti, « ben può accadere che l'unità organizzativa sia in fatto gestita da soggetti diversi da quelli che formalmente ne sono incaricati, ma ciò di regola avviene con la consapevolezza dei soggetti posti all'apice dell'ente, che scelgono di esautorare dai poteri di loro spettanza quanti sono formalmente preposti al governo dell'unità per incaricare di tale compito altri soggetti »

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(SANTORIELLO); trattasi, per concludere, di una (delicata) valutazione da compiere caso per caso, utilizzando gli indici disvelatori della qualifica di amministratore di fatto di cui all'art. 2639 c.c., che prevede l'estensione delle qualifiche soggettive in materia di reati societari (« al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione »);

9) *i sindaci*: poiché la locuzione « gestione e controllo » (*ex* art. 5 comma 1 lett. *a*) individua un concetto di « *dominio*, di *pilotaggio* e di capacità di imprimere all'ente una determinata politica di partecipazione e affermazione sul mercato », ne consegue che il sostantivo « controllo » non può essere identificato con la funzione di vigilanza (svolta dai sindaci); quindi, i membri del collegio sindacale o di altri organismi di (puro) controllo interno non possono essere considerati alla stregua di soggetti apicali (RELAZIONE); tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, con un'interpretazione estensiva discutibile, che la società può essere ritenuta responsabile « per i reati commessi dai componenti formali del collegio sindacale i quali in concreto svolgano » — in presenza delle condizioni contemplate dall'art. 2639 c.c. (v., *supra*, n. 8) — « anche il ruolo di amministratori di fatto dell'ente » (Cass. 20 ottobre 2023, n. 3211; Id. 19 gennaio 2021, n. 15543);

10) *i liquidatori*: per quanto concerne i *reati societari*, essi rientrano nell'ambito delle figure apicali in virtù dell'esplicito rinvio, di cui all'art. 25-*ter* comma 1, ai « reati in materia societaria previsti dal codice civile »;

11) *i soggetti destinatari di norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*: la complessa normativa di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 e la sua elaborazione dottrinale (e giurisprudenziale) non consentono che qualche fugace cenno. Nel quadro delle « posizioni di garanzia », di cui all'art. 2 comma 1 lett. *b*, *d* ed *e* del cit. decreto, assumono rilievo le figure del datore di lavoro, del dirigente e del preposto; le suddette posizioni di garanzia « gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, *eserciti in concreto i poteri giuridici* [corsivo di chi scrive] riferiti a ciascuno dei soggetti [sopra menzionati] » (art. 299 del d.lgs. n. 81 del 2008); trattasi di una « pasticciata formulazione », sintomo di « un'impostazione burocratica nell'affrontare i fenomeni che avvengono nell'impresa »: la « modellistica non riesce a contenere la realtà » ma, ad essa, « si deve riconoscere

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

spazio, entro certi limiti » (ALESSANDRI). Premesso che la selezione dei soggetti apicali avviene sulla base del criterio di effettività — il quale conferisce rilievo alle funzioni realmente svolte piuttosto che alle qualifiche formali —, non pare dubitabile che il *datore di lavoro* sia annoverabile tra gli apici. Prudenza richiede, invece, l'inquadramento del *dirigente* — cioè la persona che « in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa » (art. 2 comma 1 lett. *d* del d.lgs. n. 81 del 2008) — negli apicali: la valutazione deve essere condotta *case by case*, in quanto la qualifica dirigenziale non sempre è sinonimo di un potere di direzione dell'impresa (VENEZIANI). Quanto al *preposto* — un soggetto che non adotta le misure di prevenzione ma ne assicura, piuttosto, l'applicazione effettiva — l'orientamento maggioritario propende per collocarlo tra i subordinati. Da escludere, infine, che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, *ex* art. 2 comma 1 lett. *f* del decreto del 2008, (noto con l'acronimo di R.S.P.P.), possa assumere la qualifica di vertice, anche qualora investito di una delega di funzioni da parte del datore di lavoro in materia di prevenzione (Cass. 24 maggio 2022, n. 34943; Id. 20 maggio 2021, n. 30231).

6. I subordinati.

Per quanto concerne i sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale (art. 5 comma 1 lett. *b*) occorre ricordare che si tratta di « persone fisiche la cui commissione di reati è suscettibile di impegnare la responsabilità amministrativa dell'ente » (RELAZIONE): pertanto, la loro inclusione nella normativa del 2001 è apparsa opportuna sia dal punto di vista logico che da quello politico-criminale. E se la loro appartenenza formale all'organizzazione dell'ente « è condizione normale », ciò non toglie che possano assumere rilevanza situazioni atipiche, nelle quali « un incarico particolare sia stato affidato a soggetti esterni, tenuti ad eseguirlo sotto la direzione e il controllo di soggetti apicali dell'ente » (PULITANÒ): si pensi, in via esemplificativa, alla posizione ricoperta dagli informatori medico-scientifici nel settore dell'industria farmaceutica e ai rapporti da questi intrattenuti, "per conto" della prima, con i medici del servizio sanitario nazionale. Più in generale, è un tema aperto quello della collocazione, rispetto all'azienda, dei consulenti, dei collaboratori a vario titolo, dei fornitori:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

categorie non sussumibili *tout court* tra i subalterni ma nemmeno del tutto estranee alla eventualità di commettere reati che impegnano la responsabilità dell'ente.

Altri problemi interpretativi, che sono stati adombrati rispetto alle figure di cui all'art. 5 comma 1 lett. *b*, riguardano vuoi il regime da applicare ai così detti *management contract* (situazioni nelle quali i poteri gestionali della società sono attribuiti ad una altra società del gruppo specializzata in servizi di *management*), vuoi le modalità per redistribuire — nelle realtà aziendali più complesse — le competenze decisorie tra amministratori e dirigenti, da un lato, e personale "tecnico", dall'altro (DI GIOVINE). Infine, come si è poco sopra accennato, la normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro richiede uno sforzo ermeneutico per il corretto inquadramento dei « dirigenti » e dei « preposti » nell'una o nell'altra categoria prevista dall'art. 5.

7. Un fenomeno non regolamentato: il gruppo di imprese.

La normativa sulla responsabilità degli enti non ha preso in considerazione il fenomeno organizzativo dei gruppi di società, peraltro riconosciuto — anche se non disciplinato — dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 (TOMBARI; RITTATORE VONWILLER-IPPOLITO); i gruppi aziendali, pur essendo complessi di società giuridicamente autonome, « sono retti da un unico indirizzo strategico, con livelli di autorità gerarchica e di influenza simili a quelli riscontrabili nelle aziende a struttura complessa » (BASTIA). L'esclusione ha dato luogo ad una « lacuna estremamente rilevante e non agevolmente colmabile in via interpretativa » (FOFFANI), le cui conseguenze sono denunciate sia in dottrina che nell'applicazione giurisprudenziale: secondo taluni sembrerebbero sottratte ai meccanismi sanzionatori « le società capogruppo che in realtà dettano la regia delle azioni illecite attribuite ad una controllata » (BASTIA; DI GIOVINE).

La casistica dell'illecito delle persone giuridiche per reati commessi nell'ambito di un gruppo di imprese è variegata ed il denominatore comune può essere individuato nelle situazioni per così dire « collegate », ovvero quelle in cui « la condotta costitutiva di reato o l'interesse economico che la ispira deborda dai confini di una singola società per esibire forme di manifestazione che si snodano nell'ambito dei rapporti tra capogruppo e controllata » (AMODIO). La prassi applicativa suggerisce una molteplicità di esempi. Si pensi ai reati commessi a favore del gruppo o a quello in cui un soggetto, funzionalmente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

collegato ad una controllata, commetta un reato a beneficio della *holding* (senza alcun interesse o vantaggio per la società di appartenenza: SCAROINA); o alla fattispecie in cui il reato è commesso solo nella società di vertice, anche se nell'interesse della controllata (AMODIO); o, ancora, alle condotte poste in essere dagli amministratori della *holding* quali amministratori *di fatto* delle controllate (con esautorazione dei vertici di queste ultime da ogni potere gestorio: SCAROINA); o, infine, all'ipotesi di più condotte (penalmente rilevanti) nella capogruppo e nella controllata, suscettibili di essere inquadrate nel concorso di persone nel reato (AMODIO; SCAROINA).

Occorre qui richiamare un doppio ordine di postulati (e relativi corollari) in materia di gruppi di imprese. Il primo evoca la *natura* del fenomeno del gruppo: esso non è una persona giuridica che può sovrapporsi o giustapporsi alle società che ne integrano la struttura, ed il ruolo direttivo e di coordinamento che spetta alla *holding* non comporta una limitazione della autonomia giuridica delle società controllate (GALGANO); la direzione unitaria del gruppo si esplicita mediante le direttive della *holding* medesima ma, essendo queste ultime sfornite di effetto vincolante, gli organi di gestione delle controllate non risultano espropriati della loro autonomia. Non è dunque configurabile, da un punto di vista normativo, « un superiore 'interesse di gruppo' » che « si sostituisca o si affianchi a quello delle singole società: l'interesse di gruppo [...] non è altro se non l'interesse delle società che lo compongono valutato nella più ampia prospettiva dinamica della loro appartenenza al gruppo » (SCAROINA). Questa precisazione è importante per la problematica in esame: il perimetro della responsabilità degli enti non è infatti ampliabile facendo ricorso al concetto di "interesse di gruppo" né, per tale via, risulta plausibile concepire la capogruppo come destinataria di poteri di controllo, in modo da imputare a quest'ultima la responsabilità per un illecito commesso in seno alla controllata. Trattasi di una prima conclusione che sfrutta — anche se solo in parte — l'analisi della circostanza esimente dei "vantaggi compensativi" infragruppo — *ex* art. 2634 comma 3 c.c. — per il reato di infedeltà patrimoniale; analisi alla quale è necessario, in questa sede, fare rinvio (BENUSSI; MASUCCI).

Il secondo postulato precisa la portata della suddetta autonomia in campo penale: l'esistenza di un gruppo non solleva le singole realtà societarie dall'onere di organizzare, al proprio interno, la prevenzione dei rischi di reato; in altri termini, la specificità delle singole realtà produttive implica che spetti unicamente a ciascun ente, parte dell'ag-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

gregato societario, il compito di darsi un assetto organizzativo idoneo a prevenire gli illeciti tipici della sua attività (AMODIO; PELISSERO).

Sotto il profilo della responsabilità per reato degli enti ne consegue, da un lato, l'impossibilità di configurare un solo modello organizzativo *di gruppo* che, *ex* artt. 6 e 7, risulti idoneo a gestire dal centro i rischi di ciascuna controllata; dunque, nella prospettiva della *compliance*, i confini dei singoli enti non possono venire violati ed i singoli modelli organizzativi non sono plasmabili dall'alto. Dall'altro lato, l'organismo di vigilanza della capogruppo non è suscettibile di essere considerato gerarchicamente sovraordinato agli omologhi organismi delle singole società e, di conseguenza, non può imporre a queste ultime di calibrare i rispettivi modelli organizzativi tra loro o di adeguarli alle direttive di *holding*; tanto più che una capogruppo lontana dalle specifiche realtà operative aziendali è impossibilitata a rilevarne le peculiari esigenze preventive, a monitorare l'osservanza del modello e a curarne l'aggiornamento, a irrogare le sanzioni disciplinari per la sua inosservanza (AMODIO). In conclusione, va ribadito che nel gruppo di imprese « nonostante la direzione unitaria della capogruppo, il rischio penale deve essere fronteggiato sul piano organizzativo in completa autonomia dalle singole società, cui spetta di valutarlo alla luce della specificità della attività svolta senza interferenze da parte della *holding* » (AMODIO). A quest'ultima spetterà piuttosto il compito — nell'esercizio del potere di direzione e di coordinamento *ex* art. 2497 c.c. — di imprimere al gruppo direttive in ordine alle regole cautelari in tema di *compliance* (frequente l'utilizzo, nella prassi, del *regolamento di gruppo* « attraverso il quale la società *holding* disciplina organicamente flussi informativi, sfere di competenza, poteri e doveri degli organi di vertice delle società, limiti all'autonomia delle società controllate, strumenti di gestione dei rischi, programmazione e controllo nell'ambito dell'intero gruppo »: BIANCHINI-SEVERINO); oltre, naturalmente, a quello di gestire i rischi connessi alla posizione « assunta all'interno del gruppo e derivante dai rapporti che coinvolgano [...] società controllate » in materie quali il bilancio consolidato, le attività svolte in regime di *service* e i distacchi del personale (PELISSERO). Conclusione non dissimile vale per i gruppi bancari (CAPOLINO).

Da queste fondamentali premesse scaturiscono le soluzioni prospettate per le varie problematiche connesse alla responsabilità da reato degli enti nell'ambito dei gruppi di imprese e, in particolare, nei rapporti tra capogruppo e controllate.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

8. (*Segue*): l'inafferrabilità del concetto di "interesse di gruppo".

Per quanto concerne la responsabilità *diretta del gruppo*, una volta condivisa la tesi che esso non è assimilabile ad un unico soggetto di diritto, risulta chiaro come il concetto di « interesse » non possa essere dilatato fino a ricomprendervi il così detto "interesse di gruppo": infatti, la « presunzione dell'esistenza di un interesse di gruppo superiore ed immanente a quello delle società che lo compongono conduce a svilire la portata del criterio di imputazione oggettiva, inducendo ad una indiscriminata corresponsabilizzazione delle imprese del gruppo anche nelle ipotesi in cui la commissione del reato non sia manifestazione di un diretto interesse di ciascuna di esse » (SCAROINA; cfr. MASUCCI). La sussistenza del requisito dell'« interesse » deve essere accertata, secondo l'impostazione preferibile, in capo alla società cui appartiene l'autore materiale del reato-presupposto; in via complementare, si può altresì ritenere che « l'interesse della *holding* alla commissione di reati che rechino vantaggio alle controllate » risulti « individuabile nell'interesse alla conservazione (o all'incremento) del valore della partecipazione azionaria nella controllata »: una verifica, questa, che deve essere condotta « caso per caso, rifuggendo da facili presunzioni connesse alla sostanziale immanenza dell'interesse di ogni società alla conservazione del proprio patrimonio » (SCAROINA). Da tale interpretazione si era discostata la giurisprudenza di merito che — in una risalente pronuncia — aveva ravvisato nella capogruppo il destinatario ultimo delle disposizioni sulla responsabilità degli enti, e ciò anche laddove non sia individuabile alcun interesse o vantaggio per la società di appartenenza del soggetto fisico autore del reato. In proposito, si era infatti ritenuto (Trib. Milano 14 dicembre 2004) che l'attivarsi di soggetti apicali (per il pagamento di una tangente), i quali non facevano parte delle società controllate — e nemmeno avevano alcun ruolo nelle suddette, ma solo nella società capogruppo —, non potrebbe che trovare giustificazione nella finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società; l'interesse di gruppo si caratterizzerebbe, secondo questo orientamento giurisprudenziale, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei componenti del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte. In un altro processo, relativo ad una fattispecie di manipolazione del mercato realizzata nell'ambito di uno schema di "collegamento societario", si era approdati ad analoga soluzione (G.i.p. Trib. Milano 26 febbraio 2007).

Tuttavia, come si è anticipato, in situazioni come quelle citate non

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

può sempre « operare il criterio di imputazione oggettiva dell'illecito all'ente (l'agire nell'interesse o a vantaggio della società della quale il soggetto è dipendente o vertice) », non essendo esso surrogabile dal riferimento ad un generico "interesse di gruppo" (SCAROINA). Peraltro, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che sia sufficiente un generico riferimento al suddetto interesse di gruppo per ancorare la responsabilità della *holding*: il requisito va quindi accertato in concreto (così, in tema di concorso di persone nel reato tra esponenti della controllante e della controllata, Cass. 17 novembre 2010, n. 24583). La Cassazione ha altresì precisato che la società capogruppo può essere chiamata a rispondere del reato commesso nell'ambito dell'attività di una società controllata — appartenente al medesimo gruppo — purché nella consumazione del reato-presupposto concorra almeno una persona fisica che agisca per conto della *holding* stessa, perseguendo anche l'interesse di questa ultima, non essendo a tal fine sufficiente il richiamo a un generico "interesse di gruppo". In questa prospettiva, infatti, l'interesse o il vantaggio « devono essere verificati in concreto, nel senso che, per fondare l'estensione della responsabilità, la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato-presupposto » (Cass. 27 settembre 2016, n. 52316).

In un altro esempio il reato è stato commesso solo nella società di vertice, anche se a favore della controllata, ma contestualmente emerge un interesse diretto e immediato della prima alla conservazione (o incremento) della propria partecipazione azionaria; il caso trae origine proprio da quello già esaminato (amministratore di una *holding* che commette il reato di corruzione allo scopo di fare conquistare il rinnovo di un appalto a una società del gruppo: Trib. Milano 14 dicembre 2004, cit.). Il problema concerne sempre la sussistenza del requisito dell'interesse o vantaggio in capo alla società per la quale opera il soggetto autore del reato, alla luce del fatto che il risultato economico cui è indirizzata la condotta criminosa è riconducibile nella sfera di un'altra società, comunque *controllata*. Come si è visto, l'organo giurisdizionale aveva stabilito che la corruzione era finalizzata anche ad una utilità della controllante, sotto il profilo dei riverberi positivi che le condizioni economiche della controllata, a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, avrebbero esercitato sulla capogruppo la quale, in tal modo, avrebbe incrementato gli utili della sua partecipazione. Non si può che dissentire da tale interpretazione. L'interesse della controllante alla ripartizione degli utili è infatti indiretto e mediato, tale da non integrare

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

il presupposto richiesto dall'art. 5. Ciò che invece rileva per la soluzione di questo caso è un parametro diverso, ovvero quello dell'interesse, per la controllante, a tutelare il valore della propria partecipazione azionaria nella controllata (SCAROINA): trattasi di un criterio che va commisurato « alla concretezza dei rapporti tra capogruppo e controllata » e che, di conseguenza, non può « risolversi in una mera presunzione » (AMODIO). Così individuato il corretto indice di verifica dell'interesse della capogruppo, l'affermazione (o negazione) della responsabilità da reato della *holding* dipenderà dal fatto che l'interesse economico della stessa risulti significativo (o meno) « rispetto all'utilità che ne deriva in via primaria ed assorbente alla controllata » (ID.).

Al di là di ciò, l'"interesse di gruppo" resta un concetto « troppo diafano ed evanescente per pretendere di giocare un ruolo costitutivo sul versante delle sanzioni punitive, piano nel quale sarebbero iniettati elementi d'imprecisione che non si vede come si potrebbero conciliare con la [...] pretesa di tassatività. Naturalmente tutto questo è detto a condizione che l'interesse di gruppo voglia essere qualcosa di più del mero interesse al conseguimento del profitto, poiché questo è contenutisticamente vuoto e appartiene a tutti gli enti organizzati per fini economici » (ALESSANDRI).

Un ulteriore caso concerne la condotta degli amministratori della capogruppo i quali, come amministratori *di fatto* della controllata, abbiano esautorato i vertici di quest'ultima dai poteri di gestire un determinato affare: è responsabile anche la *holding*? Tralasciamo la peculiare situazione del così detto "socio tiranno" — cioè il socio non amministratore ma detentore della quasi totalità delle azioni, che detta dall'esterno la politica aziendale e persino determinate operazioni (RELAZIONE) — nella quale si è, solo in apparenza, di fronte ad un gruppo: infatti, l'autonomia delle controllate « si annulla di fronte alla realtà del potere esclusivo di gestione esercitato dalla *holding*, considerata in tal caso destinataria del precetto penale » (SCAROINA). La risposta al quesito preclude un'indiscriminata equiparazione tra amministratore della capogruppo e amministratore di fatto della controllata (ALESSANDRI). Le nozioni di « gestione » e « controllo » (*ex* art. 5 comma 1 lett. *a*) vanno interpretate alla stregua dell'effettiva esistenza di un « esercizio continuativo e significativo dei poteri gestori » che non può certo coincidere con un'episodica ingerenza (degli amministratori) della controllante nelle decisioni della controllata: è quindi « bandita qualsiasi presunzione fondata esclusivamente sulla mera esistenza del gruppo e sulla ravvisabilità di un (generico) interesse comune alle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

società che lo compongono » (SCAROINA). Del resto, la Suprema corte (Cass. 27 settembre 2016, n. 52316) ritiene che qualora il reato-presupposto sia stato commesso nell'ambito dell'attività di una società facente parte di un gruppo o di una aggregazione di imprese, la responsabilità « può estendersi alle società collegate solo a condizione che all'interesse o vantaggio di una società si accompagni anche quello concorrente di altra società e la persona fisica autrice del reato-presupposto sia in possesso della qualifica soggettiva necessaria [*ex* art. 5] ai fini della comune imputazione dell'illecito amministrativo da reato ».

Viene in evidenza — ancora esemplificando — la questione della responsabilità della *holding* per la violazione di obblighi di controllo sulle società del gruppo. Premesso, da un lato, che la direzione unitaria di un gruppo non implica, per ciò solo, l'istituzionalizzazione di una posizione generalizzata di garanzia estesa all'intero gruppo (SCAROINA; MASUCCI) — ciò anche in ragione dell'autonomia giuridica delle società che lo compongono — e, dall'altro, che le scelte gestionali appartengono alla esclusiva competenza e responsabilità degli amministratori della controllata (questi, essendo autonomi rispetto alle direttive provenienti dalla *holding*, possono legittimamente discostarsi dalle indicazioni della capogruppo), la presunzione di omessa vigilanza della *holding* « al solo manifestarsi di un reato nella controllata avrebbe ragion d'essere solo se nel sistema di prevenzione del rischio penale d'impresa fosse configurabile un dovere di controllo della controllante al fine di impedire i fatti criminosi in tutto il gruppo »: ma « così non è » (AMODIO; v., a conferma indiretta, anche Cons. Stato 11 gennaio 2005). E, come aveva correttamente puntualizzato un giudice di merito, deve ricorrere il presupposto della possibilità — in capo alla controllante — di ingerirsi nell'organizzazione della controllata, in modo tale che possa addebitarsi anche alla prima la mancata adozione di strumenti organizzativi atti a prevenire la commissione di illeciti: un'ipotesi che « ricorrerà assai difficilmente, proprio per l'autonomia giuridica, ma del pari organizzativa di ciascuna soggettività giuridica » (G.i.p. Trib. Milano 17 novembre 2009).

L'ultima questione prospettata concerne la responsabilità delle società del gruppo nelle ipotesi di concorso di reati commessi nel loro interesse o vantaggio; così è, per esempio, quando un soggetto di vertice (o subordinato), in forza alla capogruppo, istiga o determina un esponente della controllata a versare — a fini di corruzione — la somma di denaro poi utilizzata per l'aggiudicazione di un appalto: « si

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

realizza la fattispecie del concorso di persone nel reato, che viene commesso tanto nella *holding*, quanto nella società appartenente al gruppo » (Amodio); ci si trova, in tale modo, al cospetto di due distinti illeciti amministrativi dipendenti da reato, dai quali deriva la « parallela responsabilità dei due enti » (Id.). E un'altra ipotesi, tutt'altro che di scuola, individua, tra le funzioni a rischio di "doppia" responsabilità — nell'ambito delle attività svolte dalla capogruppo —, quella addetta alla predisposizione del bilancio consolidato e quella incaricata della prestazione di servizi di assistenza a favore delle controllate (Scaroina).

Gli esempi fin qui illustrati rimandano a tipologie di rapporti, tra le società facenti parte di un gruppo, alquanto eterogenee e ad altrettante ipotesi di responsabilità *ex crimine*; muovendo dalle osservazioni svolte si può comunque approdare a una duplice conclusione. *In primis*, nulla autorizza il penalista « a introdurre una sua nozione di gruppo e, parallelamente, di *interesse di gruppo* in difetto di una previsione legislativa espressamente richiamata e definita dalla norma penale » (Alessandri). Si aggiunga che il principio di legalità, previsto dal sistema (art. 2), impedisce disinvolti approcci creativi. In terzo luogo, il criterio dell'interesse « deve essere svolto in termini stringenti e non generici, sfuggendo da semplificazioni che trascurano i dati di realtà »; di conseguenza, per riuscire « ad attrarre la società controllante, e altre società legate da vincoli particolari, sarà necessario rintracciare un'effettiva ingerenza di un soggetto qualificato della società altra nella vicenda criminosa e nel contempo accertare che tale ingerenza si innesti su una colpa organizzativa, per usare un termine sintetico, di entrambi gli enti ». Non solo. Dovrà anche essere « ravvisabile per entrambi gli enti il criterio dell'interesse, specificamente declinato a seconda che si tratti di reati dolosi o colposi » (Id.). Sembrerebbe comunque che gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità siano protesi a circoscrivere significato e implicazioni — in punto di responsabilità — del concetto di "interesse di gruppo" (si veda, ancora, Cass. 27 settembre 2016, n. 52316; *contra*, Id. 11 gennaio 2018, n. 28725, che rappresenta un « passo indietro » nel percorso giurisprudenziale inteso a ribadire il divieto di responsabilità per fatto altrui anche con riferimento alla responsabilità degli enti: v. Santoriello).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO SESTO

L'AUTONOMIA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

SOMMARIO: 1. Le funzioni di politica criminale dell'istituto: la mancata identificazione dell'autore del reato. — 2. (*Segue*): gli "altri casi" previsti dall'art. 8. — 3. (*Segue*): l'inapplicabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.).

1. Le funzioni di politica criminale dell'istituto: la mancata identificazione dell'autore del reato.

In tema di presupposti della responsabilità dell'ente — nei riguardi del quale avviene l'accertamento dell'illecito — un rilievo del tutto centrale è rivestito dalla disposizione dell'art. 8 (« Autonomia dell[a] responsabilità dell'ente »). Ad un primo sguardo, la regola in questione conferma — già dalla rubrica — una differenza ben conosciuta: un conto è la colpevolezza dell'individuo (di cui si occupa il sistema penale "tradizionale"), altra faccenda è la responsabilità dell'ente (i cui criteri di attribuzione sono contemplati dall'art. 5 del decreto del 2001). Ma, ad un esame più ravvicinato, l'art. 8 ci dice molto di più. Esso, « al di là delle apparenze », è una « norma di diritto processuale » (AMODIO). Con significative ricadute di ordine "sostanziale". E, per tale motivo, ce ne occupiamo in questa sede.

Il legislatore, all'atto di introdurre il principio *societas delinquere (et puniri) potest*, sottolineava l'esigenza di « creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il [diritto penale stesso]: primo tra tutti [...] la colpevolezza » (RELAZIONE). È tuttavia da rilevare come il d.lgs. del 2001 possa apparire lacunoso proprio con riguardo al (rispetto del) principio di colpevolezza stesso (MUSCO). La critica risulta comprensibile se si guarda al precetto dell'art. 8. È infatti contemplata la responsabilità dell'ente *anche quando l'autore del reato non è stato identificato* (o — in un'ipotesi di scarso rilievo sotto il profilo pratico — laddove il mede-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

simo non sia imputabile). Tale opzione viene giustificata sul piano del funzionalismo repressivo: « quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è [...] un fenomeno *tipico* nell'ambito della responsabilità d'impresa »; di più, « esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti », tant'è che « la sua omessa disciplina si sarebbe [...] tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento » (RELAZIONE).

Dunque, la responsabilità dell'ente sussiste — ed è accertabile dal giudice — nonostante l'autore del reato-presupposto (la persona fisica), non sia stato identificato (Cass. 2 luglio 2015, n. 35818; Id. 4 aprile 2013, n. 20060). Le ripercussioni di questa fondamentale premessa sono da leggersi, sul piano dell'accertamento processuale, in chiave di alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un *corporate crime*; e, negli schemi della prassi, le conseguenze di ciò sono molteplici e complesse.

In primo luogo, l'indagine del pubblico ministero per i reati-presupposto è arricchita da una "arma tattica"; nelle situazioni in cui l'accusa si trovi sguarnita di un'adeguata piattaforma probatoria nei confronti delle persone fisiche (sospettate come) responsabili del reato, essa potrà avvalersi della contestazione dell'illecito « amministrativo » alla (sola) persona giuridica e, per questa via, incrementare le probabilità di ottenere una sentenza di condanna per il medesimo fatto storico (cfr. MARINUCCI). In altre parole, se le "cortine" della frammentata organizzazione della società, nella quale è stato riscontrato un reato, impediscono alle sonde inquisitorie di individuarne con certezza l'autore, l'organo investigativo può comunque sottoporre ad indagine l'ente e, in ultima analisi, il giudice può affermarne la responsabilità. Nello stabilire che quest'ultima sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato (o non è imputabile) l'art. 8 comma 1 lett. *a* si fa dunque carico di recepire istanze di *funzionalità* repressiva o, in termini più neutri, di politica criminale (fatte proprie da una parte della dottrina: v. DE MAGLIE; PULITANÒ).

Ma le ricadute del principio contemplato dall'art. 8 sono di portata ancora più ampia.

Infatti, con l'introduzione nel nostro ordinamento della responsabilità per reato degli enti il pubblico ministero può decidere a quale processo e a quali regole probatorie fare soggiacere (uno o) più imputati (la persona fisica — ove individuata — e l'ente), e ciò con la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

semplice decisione di contestare, insieme al fatto-reato della persona fisica, l'illecito « amministrativo » di quella giuridica. La previsione secondo cui la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato allevia, come si è detto, l'onere probatorio che grava sull'accusa, con l'ulteriore effetto di attribuire al pubblico ministero il potere di determinare il grado di effettività del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e del principio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.) nella singola indagine, a seconda della tipologia di incolpato coinvolto (persona fisica o società); ciò sarà verificabile, in particolare, con riguardo alla responsabilità dell'ente per reati commessi dai vertici.

Come anticipato, la difficoltà di individuare le responsabilità personali del *top management* aziendale può essere aggirata dal pubblico ministero grazie alla contestazione del (medesimo) reato-presupposto alla persona giuridica; tale scelta fa guadagnare all'accusa — sul terreno della elaborazione dimostrativa — importanti vantaggi, connessi alla inversione dell'onere della prova; in breve: se non è identificato l'autore del reato, all'accusa sarà sufficiente allegare elementi indiziari per fare valere la presunzione che si tratti di un soggetto apicale (per esempio, la decisione e i mezzi per corrompere un pubblico funzionario sono prerogative di amministratori e alti dirigenti, non certo dei subalterni); sarà poi la *societas* a dovere dimostrare di aver adottato in maniera efficace i modelli organizzativi, di avere istituito un autonomo e "sempre vigile" organismo di controllo e, infine, che i vertici aziendali hanno aggirato, con fraudolenza, le suddette regole organizzative (v. art. 6 comma 1).

Peraltro, l'organo giurisdizionale non sarà in grado di stabilire — laddove sia rimasto ignoto l'autore (persona fisica) del reato — quali siano i criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità, cioè a dire se il reato sia stato commesso da soggetto in posizione apicale (art. 5 comma 1 lett. *a*) o da soggetto sottoposto all'altrui direzione (art. 5 comma 1 lett. *b*), con quel che ne consegue in termini di ripartizione dell'onere probatorio *ex* artt. — rispettivamente — 6 e 7 (PAOLOZZI; v., *supra*, cap. V, §§ 1 e 2). Certo, ove il reato per cui si procede faccia ritenere che esso non può che allignare nelle sfere così dette apicali — l'accusa potrebbe argomentare, per esempio, che un subalterno non avrebbe mai il potere di decidere se corrompere un pubblico funzionario né fruire dell'autonomia necessaria per reperire e gestire le risorse adeguate a commettere il fatto — il meccanismo dell'art. 8 finirebbe per tradire, fatalmente, l'esistenza di una *presunzione*: in questo caso, la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mancata identificazione dell'autore del reato si ripercuote, in termini di inversione dell'onere probatorio, sull'ente (se si assume che il responsabile sia un soggetto di vertice si applicherà, infatti, la regola prevista dall'art. 6 comma 1); l'ente-imputato si troverà quindi nell'impossibilità di dimostrare il requisito della elusione fraudolenta del modello organizzativo previsto dall'art. 6 comma 1 lett. *c*: quali condotte decettive potrà mai allegare — per provare la "fraudolenza" — se l'autore del reato-presupposto è rimasto ignoto? Non a caso, la giurisprudenza (Cass. 10 novembre 2015, n. 28299), sottolinea la necessità di individuare a quale categoria — apicali o dipendenti — sia riconducibile il suddetto. E il problema è ancora più eclatante nel settore dei reati colposi ove è necessaria — per misurare il mancato rispetto della regola prevenzionistica — la ponderazione sia della condotta del singolo, sia del contesto nel quale essa si inserisce. Si considerino altresì i dissennati inasprimenti punitivi, in materia di delitti di corruzione, introdotti dalla l. 9 gennaio 2019 n. 3 (sanzioni interdittive per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni se il reato-presupposto è commesso da un apicale, v. art. 25 comma 5): alla luce di queste drastiche conseguenze per l'ente imputato, il giudice non potrà esimersi da una accurata e precisa identificazione della posizione gerarchica ricoperta dall'autore del reato-presupposto (Santoriello).

Da tenere presente che nei casi di "mancata identificazione" dell'autore del reato (*ex* art. 8 comma 1 lett. *a*) rientra anche l'epilogo processuale della assoluzione della persona fisica per *non avere commesso il fatto*; l'ente può dunque essere condannato per l'illecito dipendente dallo stesso fatto per il quale l'accusato è stato prosciolto con la formula in questione (Ferrua; dello stesso avviso Cass. 2 luglio 2015, n. 35818; Id. 4 aprile 2013, n. 20060).

Infine, la Suprema corte ha precisato che, per affermare la responsabilità dell'ente, « non è necessario il definitivo e completo accertamento della responsabilità penale individuale, ma è sufficiente un mero accertamento incidentale, purché risultino integrati i presupposti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 5, 6, 7 e 8 », in quanto il principio dell'autonomia opera « anche nel campo processuale » (nel caso specifico la Corte ha escluso che il giudice di merito fosse tenuto a valutare, a favore dell'ente, atti difensivi prodotti a discarico degli imputati: Cass. 23 maggio 2018, n. 38363).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2. (*Segue*): gli "altri casi" previsti dall'art. 8.

Una volta puntualizzato che la fattispecie in questione riconferma « l'autonomia processuale dell'illecito amministrativo », la cognizione del quale « non è preclusa da particolari esiti dell'accertamento penale » (AMODIO), occorre evidenziare che la responsabilità dell'ente permane anche in tutti i casi di estinzione del reato — diversi dalla amnistia (art. 8 comma 1 lett. *b*) — prospettabili: la morte del reo prima della condanna, l'utile decorso del termine di sospensione condizionale della pena, l'oblazione, l'intervenuta prescrizione del reato-presupposto (in questa evenienza è comunque richiesta una « verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato »: Cass. 2 marzo 2023, n. 21640; trattasi di indirizzo consolidato: v. Id. 11 novembre 2021, n. 23401, Id. 1° febbraio 2021, n. 28309, Id. 18 settembre 2020, n. 28210, Id. 19 ottobre 2018, n. 52470; v., altresì, Id. 25 gennaio 2013, n. 21192), la remissione di querela (ad esempio, per determinati reati societari). Il fatto che la persona fisica sfugga, per cause di natura personale, alla punibilità non implica infatti che l'ente possa avvantaggiarsi di tale circostanza: la regola dell'autonomia della responsabilità persegue, in tutti questi casi, obiettivi di deterrenza (ALESSANDRI). Con una precisazione che è bene anticipare sin d'ora: la già avvenuta prescrizione del reato-presupposto preclude al pubblico ministero la contestazione dell'illecito amministrativo alla società (v. art. 60) e, laddove l'organo dell'accusa non si orienti per l'archiviazione, spetterà al giudice rimediare alla situazione pronunciando sentenza di non doversi procedere (v., *infra*, cap. XVIII, § 6). L'irrilevanza delle cause di non punibilità *personali* vale anche con riguardo alla particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p., la quale « lascia intatto il reato, nella sua esistenza, sia storica e sia giuridica »: la responsabilità dell'ente astrattamente permane e spetta al giudice accertarla in concreto (così, Cass. 17 novembre 2017, n. 9072; conclusioni ribadite da Id. 11 novembre 2021, n. 23401).

L'« unica eccezione meritevole » alla regola della *irrilevanza delle cause di estinzione del reato* è rappresentata dalla amnistia (propria) in presenza della quale — v. art. 8 comma 2 — « non potrà procedersi neanche nei confronti dell'ente » (RELAZIONE): il fatto dal quale origina la responsabilità deve cioè mantenere, nel corso del tempo, la sua caratteristica di antigiuridicità.

L'eventualità di una rinuncia all'amnistia da parte dell'imputato è stata presa in considerazione stabilendo, anche per tale situazione — e

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« salvo che la legge disponga diversamente » —, la non procedibilità nei confronti della *societas* (art. 8 comma 3): la *ratio* della previsione risiede nell'esigenza di non vincolare il destino processuale dell'ente alle scelte individuali dell'imputato, il quale bene potrebbe rinunciare all'amnistia con l'obiettivo di guadagnare, nel processo, un proscioglimento nel merito.

3. (*Segue*): l'inapplicabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.).

Introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 — dunque, non pochi anni dopo il varo della normativa qui illustrata — l'istituto previsto dall'art. 131-*bis* c.p. ha alimentato interrogativi circa la sua applicabilità agli enti. Ragioni di ordine sistematico, di metodologia del ragionamento giuridico e di interpretazione letterale confortano la risposta negativa (cui è peraltro approdata anche la giurisprudenza di legittimità).

Il d.lgs. n. 231 del 2001 persegue la responsabilità della *societas* "da reato" con un apparato sanzionatorio finalizzato alla prevenzione del rischio penale della quale l'adozione del modello organizzativo rappresenta il fulcro; le sanzioni interdittive e pecuniarie possono essere scongiurate proprio grazie a misure di *compliance* il cui obiettivo è informare l'operato dell'ente alla legalità; in un'architettura fondata sul binomio "modello di organizzazione (idoneo ed efficace)-esenzione dalla responsabilità" non possono trovare spazio cause di esclusione della punibilità incentrate sulla ridotta offensività del fatto di reato; ciò, senza trascurare l'esistenza di altri istituti del decreto del 2001 — quali, ad esempio, la riparazione delle conseguenze del reato (art. 17) e la riduzione delle sanzioni pecuniarie (art. 12) — volti a incentivare le condotte positive *post*-fatto o a mitigare il trattamento sanzionatorio nei casi di particolare tenuità del danno (in altre parole, il d.lgs. n. 231 del 2001 già "ospitava" alcuni presupposti della causa di non punibilità annoverata nel codice penale nel 2015). Di conseguenza, riconoscere la cittadinanza, nel sistema normativo del 2001, all'esimente di cui all'art. 131-*bis* c.p. equivarrebbe a vanificare l'afflato prevenzionistico di cui il congegno è intriso. Peraltro, proprio taluni presupposti della causa di non punibilità in parola (v. comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p.) ne precludono l'applicazione alle entità collettive; si pensi, da un lato, alle « modalità della condotta » e, dall'altro, agli indici valutativi dell'art. 133 comma 1 n. 3 c.p. (« intensità del dolo » e « grado della colpa »):

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

criteri insuscettibili di essere coniugati con la fisionomia non antropomorfica dell'ente (cfr., sul punto, Cass. 23 gennaio 2019, n. 11518).

Dal canto suo, il legislatore del 2001 ha precisato il perimetro dell'autonomia delle responsabilità dell'ente tracciato dall'art. 8: « le cause di estinzione della pena [...], *al pari delle eventuali cause di non punibilità* [corsivo di chi scrive] e, in generale, [le] vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato » (RELAZIONE); ed è — anche, ma non solo — la *littera legis* della disposizione in esame ad essere richiamata dalle sentenze della Cassazione che hanno confermato l'inapplicabilità agli enti della causa di esclusione della punibilità contemplata dall'art. 131-*bis* c.p. (Cass. 10 luglio 2024, n. 37237; Id. 10 luglio 2019, n. 1420; Id. 17 novembre 2017, n. 9072).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO SETTIMO

L'ESIMENTE: IL MODELLO ORGANIZZATIVO PER I REATI DEGLI "APICALI"

SOMMARIO: 1. Il modello organizzativo e gestionale nella prospettiva processuale: inquadramento generale. — 2. La prospettiva "sostanziale": il modello come esimente della responsabilità e l'obbligatorietà della confisca. — 3. (*Segue*): adozione, idoneità ed efficacia del modello: l'accertamento del nesso causale. — 4. Il modello dal punto di vista aziendalistico. — 5. (*Segue*): finalità e contenuti del modello: lineamenti generali. — 6. (*Segue*): la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità (c.d. *whistleblowing*). — 7. (*Segue*): la metodologia per la realizzazione del modello. — 8. (*Segue*): esemplificazioni sui modelli organizzativi in rapporto a specifici rischi di reato. — 9. (*Segue*): esemplificazioni sui contenuti dei protocolli di una società di servizi. — 10. Il codice etico. — 11. Il sistema disciplinare. — 12. (*Segue*): le infrazioni degli apici e le sanzioni disciplinari. — 13. La formazione del personale. — 14. Il modello organizzativo nel gruppo di imprese (cenni). — 15. Il modello organizzativo negli enti di piccole dimensioni (cenni). — 16. I codici di comportamento delle associazioni di categoria ("linee guida"). — 17. Il modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro. — 18. (*Segue*): rapporti e intersezioni con la normativa sulla responsabilità degli enti. — 19. Le misure previste dalla legge per il contrasto alla corruzione. — 20. La *compliance* "integrata" e l'impresa "sostenibile": cenni critici.

1. Il modello organizzativo e gestionale nella prospettiva processuale: inquadramento generale.

Come è noto, sulla pubblica accusa incombe l'onere di dimostrare la commissione del reato-presupposto, che l'illecito è stato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente e a quale categoria soggettiva appartiene l'autore del reato stesso (fatto salvo il caso di cui all'art. 8 comma 1 lett. *a*); la responsabilità dell'ente può essere riconosciuta una volta provati tali fatti nel processo penale *contra societatem*.

Dal canto suo, se il reato è stato commesso da un soggetto apicale — cioè uno di quelli di cui all'art. 5 comma 1 lett. *a* —, l'ente « non risponde se prova che » (art. 6 comma 1):

1) « l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi » (lett. *a*);

2) il compito « di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di controllo » (lett. *b*);

3) le persone « hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione » (lett. *c*);

4) non vi è stata — infine — « omessa o insufficiente vigilanza » da parte dell'organismo di controllo (lett. *d*).

Già ad una prima lettura si può apprezzare l'estrema complessità di una fattispecie che, *funzionalmente concepita in chiave processuale* (« l'ente non risponde se prova » le quattro condizioni elencate), dispiega la sua efficacia esimente solo nella misura in cui essa recepisce e soddisfa requisiti di matrice economica, per la precisione organizzativo-aziendalistici.

Di qui l'esigenza di illustrare l'istituto di cui all'art. 6 dipanandone i contenuti in tre macro-aree (corrispondenti ad altrettanti capitoli):

a) il modello di organizzazione e di gestione;

b) la vigilanza sul medesimo, affidata a un organo *ad hoc*;

c) l'elusione fraudolenta del modello da parte dell'autore del reato-presupposto.

Dunque, l'attenzione si deve ora orientare sul significato e sulla portata dei modelli organizzativi e gestionali.

Questi — conosciuti nell'esperienza statunitense come *compliance programs* — rivestono una duplice finalità:

1) prevenire il peculiare rischio d'impresa connesso alla responsabilità della *societas* per illeciti dipendenti da reato (in altre parole, scongiurare l'insorgenza di tale responsabilità o, in caso di contestazione dell'illecito, evitare che essa sia affermata);

2) limitare la responsabilità medesima sotto il profilo sanzionatorio: se l'ente riesce a dimostrare i (quattro) requisiti poco sopra illustrati esso potrà, secondo i casi, evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive (non però la confisca del profitto tratto dal reato) o subire l'irrogazione di una sanzione pecuniaria in misura ridotta.

In un'ottica di inquadramento processuale, riveste primaria importanza la verifica del rapporto tra l'adozione dei modelli organizzativi e i canoni probatori contemplati dal sistema della responsabilità degli enti. La relazione al d.lgs. n. 231 del 2001 sosteneva che, una volta accertata la commissione di un reato, l'ente ne deve rispondere sul piano « amministrativo » — e ciò può prescindere, come si è visto,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dall'identificazione dell'autore dell'illecito — « a condizione » che alla persona giuridica sia « imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo » (RELAZIONE). Ma l'analisi del testo normativo dimostrava come nessun onere dimostrativo si configurasse, sul punto specifico, a carico dell'accusa, almeno per quanto concerne le condotte dei così detti "apici", cioè a dire, l'ipotesi paradigmatica (*ex* art. 6) sulla quale si regge l'impalcatura del procedimento nei confronti delle persone giuridiche (FERRUA; tuttavia, come si vedrà tra breve, la Suprema corte — Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401 — ha effettuato una fondamentale precisazione "correttiva" al riguardo). Per rendersene conto era sufficiente raccordare i criteri oggettivi e soggettivi di imputazione — che costituiscono i presupposti della responsabilità dell'ente — con la regola di ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 6. Quanto al profilo oggettivo, è stabilito che l'impresa risponde dei reati-presupposto commessi da persone fisiche « nel suo interesse o a suo vantaggio »; gli autori del reato sono poi identificati — come si ricorderà — nei soggetti in « posizione apicale » o nelle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza del *management* (v., *supra*, cap. V, §§ 1 e 2). Dal punto di vista soggettivo il criterio di imputazione prevede che il reato debba essere stato realizzato dai soggetti apicali indicati dall'art. 5 comma 1 lett. *a*, fatta salva la facoltà della *societas* di dimostrare di aver adottato quei modelli comportamentali (*ex* art. 6 commi 1 e 2), modulati sulla prevenzione del rischio di reato ed intesi ad impedire, grazie alla previsione di adeguate regole di condotta, la commissione dei delitti previsti dagli artt. 24 ss.

L'onere probatorio che grava sulla pubblica accusa è differenziato — e anche questo aspetto è ben noto (v., in materia di sicurezza sul lavoro, Cass., sez. un., 24 aprile 2014, Thyssenkrupp) — a seconda della posizione occupata nella gerarchia aziendale dalla persona alla quale il reato-presupposto è addebitato Confortata da una regola di giudizio a maglie larghe, la contestazione dell'illecito all'ente — per un reato commesso da persona in posizione di vertice — (aveva) elevate probabilità di culminare in una sentenza di condanna. Infatti, l'art. 6 comma 1 richiede, ai fini della esenzione dalla responsabilità, la dimostrazione delle quattro condizioni elencate dalle lettere *a*, *b*, *c* e *d* (adozione di un modello efficace, istituzione dell'organismo di vigilanza, elusione fraudolenta del modello da parte dell'autore del reato, assenza di omissioni o insufficienze nell'attività di vigilanza dell'organismo ad essa deputato): tutto ciò ricadeva — con un onere probatorio

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

invertito (Cass. 20 dicembre 2005, n. 3615) — sull'ente; esso poteva asseverare la propria estraneità « soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti » (RELAZIONE; v. anche Cass. 9 luglio 2009, n. 36083). Un compito quanto mai arduo: questa dimostrazione liberatoria, « costruita ad imbuto » (AMODIO), sfociava in una sorta di *probatio diabolica*, la quale svelava la responsabilità praticamente assoluta — di natura oggettiva — della società, laddove il reato-presupposto sia stato commesso da una sua figura apicale.

Il quadro fin qui descritto muta nel 2021.

Chiudendo una vicenda processuale durata quasi un ventennio, la Suprema corte ha parzialmente mitigato la "severità" della regola in oggetto. Muovendo dal postulato che l'art. 6 « non prevede alcuna inversione dell'onere probatorio », la Cassazione ha precisato che grava, « sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della societas e che abbia agito nell'interesse di questa. Tale accertata responsabilità si estende, poi, dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro »; in altri termini, la commissione del reato « non equivale a dimostrare che il modello non sia idoneo. Il rischio reato viene ritenuto accettabile quando il sistema di prevenzione non possa essere aggirato se non fraudolentemente, a conferma del fatto che il legislatore ha voluto evitare di punire l'ente secondo un criterio di responsabilità oggettiva ». Il giudice di legittimità prosegue nel suo argomentare ribadendo che il modello « costituisce uno degli elementi che concorre alla configurabilità o meno della colpa dell'ente, nel senso che la rimproverabilità di quest'ultimo e, di conseguenza, l'imputazione ad esso dell'illecito sono collegati all'inidoneità od all'inefficace attuazione del modello stesso, secondo una concezione normativa della colpa: in estrema sintesi, l'ente risponde in quanto non si è dato un'organizzazione adeguata, omettendo di osservare le regole cautelari che devono caratterizzarla », secondo le indicazioni dettate dall'art. 6.

La "vera" svolta compiuta dalla Suprema corte sta tuttavia — a parere di chi scrive — nel seguente passaggio: per affermare « una responsabilità colposa [...] si ritiene insufficiente la realizzazione del risultato offensivo tipico in conseguenza della condotta inosservante di una data regola cautelare, *ma occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare*. Occorre, cioè, una *corrispondenza causale tra la viola-*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione della regola cautelare e la produzione del risultato offensivo [corsivo nostro] » (Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401).

Sintetizzando, l'insegnamento della Cassazione è il seguente: incombe sulla pubblica accusa l'onere di dimostrare l'esistenza del suddetto nesso causale (per approfondimenti v., *infra*, § 3). Una notazione sul punto: nella sentenza citata la Suprema corte si pone in scia di un non recente precedente (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, Thyssenkrupp) senza farsi carico di esplicitare le ragioni della lettura correttiva cui aderisce: l'onere della prova che grava sul pubblico ministero è assunto dato per scontato benché in evidente contrasto con il dettato letterale dell'art. 6. La forza prescrittiva della norma resta tuttavia inalterata: esposta come prima a mutevoli variabili interpretative può essere scalfita solamente da una modifica legislativa o sollecitando un intervento della Corte costituzionale.

2. La prospettiva "sostanziale": il modello come esimente della responsabilità e l'obbligatorietà della confisca.

Se il rimprovero "penale" all'ente può essere mosso sulla base dell'accertamento di un reato-presupposto e della sua riconducibilità ad un interesse (o vantaggio) dell'ente medesimo, la possibilità di evitare la responsabilità o di attutire le conseguenze sanzionatorie previste dal sistema si fonda sull'adozione, ed efficace attuazione, prima della commissione del fatto, di un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6 comma 1 lett. *a*; v. anche Cass 4 luglio 2017, n. 36822; Id. 9 luglio 2009, n. 36083).

Il modello assurge così a fattispecie di esonero della responsabilità che, secondo le opinioni penalistiche più accreditate, consiste in una vera e propria *esimente* (Alessandri; Paliero); peraltro, la dottrina processualpenalistica preferisce attribuire all'istituto la valenza di un *fatto impeditivo* (Cordero; secondo Ferrua « [è] l'assenza di ogni colpa organizzativa a configurarsi come un *fatto impeditivo*, la cui prova grava interamente sulla difesa che, per schivare la condanna, deve documentare l'adozione di un efficace modello organizzativo »).

Il modello organizzativo riveste altresì una funzione di *prevenzione speciale*; la sanzione pecuniaria — che, ai sensi dell'art. 10 comma 1, è « sempre » applicata — subisce infatti riduzioni, anche di notevole entità, in caso di adozione del *compliance program* da parte dell'ente (art. 12), mentre le sanzioni interdittive possono essere addirittura evitate qualora,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

insieme all'eliminazione delle carenze organizzative, siano intervenuti i comportamenti ripristinatori contemplati dall'art. 17 (v*., infra*, cap. XI, § 7). Dunque, l'efficacia dei modelli è misurabile nell'ottica della commisurazione, « con scoperte finalità special-preventive nel quadro delle misure riparatorie *post factum* » (ALESSANDRI).

Estraneo a funzioni sia preventive che punitive è l'istituto della confisca, applicabile *indipendentemente* dalla condanna dell'ente; il comma 5 dell'art. 6 prescrive infatti che è « comunque » disposta la confisca del profitto — ricavato dall'ente a seguito del reato — anche nella forma per equivalente: dunque, pure laddove, in presenza di un reato commesso dai vertici societari, i modelli organizzativi, adottati in via preventiva, siano risultati efficaci e abbiano precluso l'irrogazione di altre sanzioni nei confronti della *societas*. La *ratio* della previsione sembrerebbe essere la seguente: in assenza del provvedimento ablativo l'ente lucrerebbe un arricchimento — seppure incolpevolmente — dall'illecito del suo soggetto apicale. In questo caso, l'*imprinting* afflittivo della confisca scolora ed essa assume piuttosto la fisionomia di un mezzo inteso a compensare l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto (MAUGERI; Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.; Cass. 14 giugno 2006, n. 31989.).

3. (*Segue*): adozione, idoneità ed efficacia del modello: l'accertamento del nesso causale.

Veniamo ora ai concetti di *adozione*, *idoneità* ed *efficace attuazione* del modello (comma 1 lett. *a* dell'art. 6). Se con il primo s'intende « la predisposizione del modello, quale regola (insieme di regole) per l'operare dell'ente », la condizione dell'efficacia « ha riguardo al funzionamento concreto del modello »: entrambi gli aspetti « riconducono a poteri e doveri di direzione e di vigilanza di soggetti apicali, che non si esauriscono in un adempimento iniziale, ma persistono nel tempo, in forme corrispondenti alle diverse situazioni e al modello organizzativo in concreto adottato » (PULITANÒ).

Il requisito ulteriore dell'idoneità orienta la fase di adozione del modello organizzativo: esso attiene alla individuazione dei contenuti salienti del *compliance program*, funzionali ad assicurare, *in concreto*, la prevenzione dei reati. Proprio con riguardo all'idoneità del modello, il relativo apprezzamento è dosato in funzione del fatto che la società incolpata se ne sia dotata *ex ante*, oppure *ex post*, rispetto alla commissione dell'illecito. Laddove ci si trovi in presenza di un modello di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

cui la società si è dotata in una fase *ante delictum*, la valutazione giudiziale si compie secondo i canoni della "prognosi postuma", cioè a dire « occorre che il giudice verifichi, secondo una valutazione probabilistica, se in quelle condizioni concrete, considerate in un momento precedente [al]la commissione del delitto, questo sarebbe stato impedito se non fossero intervenute circostanze eccezionali e imprevedibili che, di fatto, ne hanno consentito la realizzazione » (GARUTI). La giurisprudenza di merito aveva tuttavia sposato un metro di accentuata rigidità per il caso in cui l'adozione del modello organizzativo fosse intervenuta, da parte dell'ente, in un momento successivo al reato-presupposto: ai fini di escludere uno dei requisiti per le misure cautelari, ovvero il pericolo di recidiva, « può rilevare anche l'istituzione *ex post*, da parte della società, di un modello di organizzazione e di gestione: peraltro, per poter ritenere tale modello idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi, occorre una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello *ex ante*, occorrendo un modello che effettivamente rimuova le carenze dell'apparato organizzativo ed operativo dell'ente che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito » (G.i.p. Trib. Roma 4 aprile 2003). Un'altra pronuncia di analogo tenore riteneva che il modello — adottato, dopo la commissione del reato, per scongiurare l'applicazione di misure cautelari — dovesse essere elaborato tenendo conto della struttura organizzativa dell'ente e della storia, anche giudiziaria, della società (nella specie, il giudice aveva ritenuto insufficienti i modelli organizzativi adottati *post factum* da società controllanti, imputate di avere commesso illeciti nell'ambito della propria attività di direzione delle controllate, in quanto privi, tra gli altri, di meccanismi diretti a rendere difficile da parte dei vertici delle controllanti il coordinamento delle attività corruttive secondo analoghe modalità e negli stessi ambiti dove si erano verificati i reati all'origine del procedimento: Trib. Milano 20 settembre 2004).

Autorevole dottrina aveva evidenziato il pericoloso equivoco che si annida in queste interpretazioni: è « irrealistico [...] pensare che il modello possa costituire una barriera capace di neutralizzare in assoluto » l'eventualità di condotte criminose; anche in questo settore, « come nella scienza, il rischio zero non esiste, è un obiettivo tendenziale proprio di un'attività ragionevolmente possibile di contenimento dei fatti delittuosi. A maggior ragione è metodologicamente *scorretto ricavare dalla constatazione* ex post *che un reato è stato commesso la prova (ma neppure l'indizio) che il modello non fosse adeguato e attuato*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

[corsivo nostro] »: infatti, la « complessità del reale supera l'ingegneria giuridica e solo un serrato e rigoroso accertamento può instradare una diagnosi corretta » (ALESSANDRI); è quindi da bandire « la scorciatoia (a cui spesso si ricorre, magari surrettiziamente) del *post hoc* ; la commissione del reato [...] non equivale a dimostrare che il modello sia inidoneo » (PIERGALLINI; Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401).

Trascorsi più di vent'anni dal varo del decreto del 2001, ai disorientamenti della giurisprudenza in tema di efficacia preventiva ("anti reato") dei modelli organizzativi ha posto rimedio la già segnalata sentenza "pilota" della Suprema corte (Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, cit., in parte già illustrata *supra*, § 1).

Una doverosa premessa.

Nel processo penale *contra societatem* si è sovente giudicato il modello, adottato dall'ente imputato, inidoneo (o inefficace) a causa della violazione — o del mancato rispetto — di una regola cautelare in esso esplicitata (con conseguente non applicazione dell'esimente); questi approcci interpretativi trascuravano di verificare il nesso causale — o, in altre parole, la « connessione di rischio » (FIANDACA, FIDELBO, PIERGALLINI) — che *deve sussistere* tra *inadeguatezza, concretamente riscontrata, della specifica regola cautelare* e *commissione del reato-presupposto*. Per esempio, il giudizio di inadeguatezza circa la composizione dell'organismo di vigilanza non può estendersi, in maniera automatica e transitiva, al modello organizzativo senza che venga accertato il rapporto stringente tra la suddetta carenza (in materia di indipendenza dell'organo di controllo, cfr. Cass. 27 settembre 2016, n. 52316) e il reato compiuto; le conseguenze sfavorevoli, dal singolo caso processuale (ossia, il mancato riconoscimento della causa di non punibilità per l'ente), si tramutano — su un piano più generale e sistemico — in una grave incertezza circa l'efficacia preventiva dei *compliance programs*: gli enti non hanno a disposizione un quadro sufficientemente chiaro in grado di orientarli nelle scelte da compiere in ordine all'obiettivo di prevenire il rischio penale (d'impresa).

La Cassazione, con la cit. sentenza "Impregilo", ha innanzitutto chiarito che « il giudice, nella sua valutazione, dovrà collocarsi idealmente nel momento in cui il reato è stato commesso e verificarne la prevedibilità ed evitabilità qualora fosse stato adottato il modello 'virtuoso', secondo il meccanismo epistemico-valutativo della c.d. 'prognosi postuma' ». Passaggio successivo (e fondamentale): la valutazione del modello deve dunque compiersi « in concreto, non solo in astratto » e questo controllo « è sempre limitato alla verifica dell'ido-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

neità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi, sicché deve escludersi che il controllo giudiziario del compliance [program] abbia una portata 'totalizzante', dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, *non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate* [corsivo nostro] e che comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie »; in conclusione è « *all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale* [corsivo nostro] » tra il reato-presupposto e la violazione dei protocolli di gestione del rischio (Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401). Di conseguenza, per tornare all'esempio pratico della composizione dell'organismo di vigilanza irrispettosa della regola di autonomia dell'ufficio interno (*ex* art. 6 comma 1 lett. *b*), qualora l'inadeguatezza non si riverberi causalmente sulla commissione del reato-presupposto sarà precluso al giudice ritenere inidoneo — sulla base di siffatta lacuna, "lontana", in termini eziologici, dal fatto di reato — il modello di organizzazione adottato dall'ente (per approfondimenti v. PIERGALLINI, FUSCO-PALIERO).

Va infine puntualizzato che l'adozione dei modelli organizzativi e di gestione non costituisce un obbligo giuridico; si tratta, piuttosto, di un mero *onere* — organizzativo ed economico — di cui la società si fa carico vuoi per prevenire i rischi di reato, vuoi per fruire dei benefici qualora incolpata di un illecito (non è consentito al giudice, nel revocare la misura cautelare interdittiva, imporre all'ente l'adozione coattiva di modelli organizzativi: Cass. 23 giugno 2006, n. 32627).

Ad oggi si registrano tuttavia talune importanti *deroghe* al suddetto *principio di facoltatività*; la prima concerne le società emittenti che, ove intendano essere quotate nel « segmento titoli con alti requisiti » — il così detto S.T.A.R., in cui sono presenti le società di medie dimensioni che perseguono determinati *standard* sulla trasparenza informativa, sul governo societario e sulla liquidità (v., *supra*, cap. II, § 8) —, devono obbligatoriamente dotarsi dei modelli di organizzazione e gestione (la disposizione, in vigore dal 1° aprile 2008, è contemplata dal « Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A. » — nella versione del 2023 — all'art. 2.2.3 comma 3 lett. l); la seconda riguarda la normativa di numerose regioni che — come si è visto (v., *supra*, cap. II, § 7) — ha introdotto l'obbligo, per le aziende che vogliono sottoscrivere convenzioni con l'ente territoriale, di adeguarsi alle prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2001; va altresì segnalato che, a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

seguito di una complessa stratificazione di provvedimenti normativi in materia sportiva, le associazioni e le società sportive dilettantistiche e le società sportive professionistiche « devono predisporre e adottare [sulla base di linee guida redatte dalle federazioni sportive nazionali] modelli organizzativi e di controllo dell'attività sportiva nonché codici di condotta ad esse conformi » intesi a garantire i minori e a prevenire molestie, violenze e discriminazioni (art. 16 comma 2 del d.lgs. 28 febbraio 2021 n. 39); nel settore calcistico, la Federazione Italiana Gioco Calcio (FIGC) ha successivamente pubblicato (31 agosto 2023) le richiamate linee guida; in estrema sintesi, il modello "obbligatorio" (finalizzato a prevenire le fattispecie di abuso, violenza e discriminazione) convive, e dovrebbe integrarsi, con quello eventualmente adottato *ex* d.lgs. n. 231 del 2001.

Occorre poi ricordare che talune previsioni del « Codice dei contratti pubblici » (artt. 94, 95 e 98 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36) contemplano cause di esclusione — automatiche e non — dalle pubbliche gare del concorrente che abbia riportato condanne (o al quale siano state applicate misure cautelari reali) per i reati-presupposto del d.lgs. n. 231 del 2001; accanto alle suddette disposizioni, quelle in materia di *rating* di impresa e di legalità delineano un quadro normativo che *promuove*, in un'ottica premiale, l'adozione del *compliance program* da parte degli enti (v., *supra*, cap. II, § 8).

Dal canto suo, il « Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza » (d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14) ha interpolato l'art. 2086 c.c. (« Gestione dell'impresa ») prevedendo — comma 2 — che « l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale »; l'inarrestabile produzione legislativa sulla prevenzione del rischio d'impresa annovera dunque un "nuovo" adempimento per l'imprenditore — l'obbligo di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile volto a fronteggiare il pericolo d'insolvenza — suscettibile di intersecarsi, in termini sinergici, con il *compliance program* di cui all'art. 6 del decreto del 2001 (Perusia - Santoriello).

Merita infine rilevare che gli amministratori, i quali non abbiano adottato idonei modelli organizzativi, sono da ritenersi civilmente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

responsabili — ai sensi dell'art. 2393 ss. c.c. (azione di responsabilità esperita dalla società e dai soci) — dei danni che l'impresa soffra a causa dell'irrogazione delle sanzioni pecuniarie e interdittive (Trib. civ. Milano 13 febbraio 2008, n. 1774).

4. Il modello dal punto di vista aziendalistico.

È nell'ottica del *risk management* — cioè la gestione del rischio — che va inquadrata l'adozione del modello di organizzazione; la locuzione inglese individua i « processi attraverso cui un'azienda identifica, analizza, quantifica, elimina e monitora i rischi legati ad un determinato processo produttivo » (Borsa Italiana). L'obiettivo della gestione del rischio è di minimizzare le perdite e di massimizzare l'efficienza dei processi di produzione aziendale. Le tipologie di rischio sono molteplici e differenziate in rapporto all'attività produttiva della singola azienda e al mercato nella quale essa opera; si pensi, a titolo d'esempio, agli errori umani che si traducono in perdite rilevanti, al mancato funzionamento delle procedure interne, alle lacune nei controlli, agli errori riconducibili a fattori esterni (ambiente, crimini, eventi politici e militari), a errori di tecnologia impiantistica (Borsa Italiana). Insieme a questi rischi si possono annoverare quelli connessi alla commissione di un reato per il quale il singolo ordinamento statale contempla, accanto — o in sostituzione — alla tradizionale responsabilità della persona fisica, anche la *corporate crime liability*.

Va altresì evidenziato che, in un approccio d'impresa volto a prevenire — tra gli altri — i rischi di illeciti, la scelta di adottare un *compliance program* si àncora ad una prospettiva di tipo utilitaristico, che orienta l'attività economica secondo i rapporti tra rendimento e rischio; e il modello, « proprio per la pervasività che lo contraddistingue », rappresenta, al tempo stesso, « un'occasione per riadeguare l'architettura organizzativa e l'intero sistema dei controlli interni, assumendo quindi una connotazione decisamente strategica quale contributo alla sana e prudente gestione dell'impresa e [...] al suo successo sostenibile nel tempo » (Bastia). In altre parole, esso costituisce non solo un pesante e costoso adempimento organizzativo per allestire un riparo dalle conseguenze della violazione della legge penale, bensì un'occasione di crescita e, in ultima analisi, di maggiore competitività, derivante dalla ottimizzazione delle procedure decisionali interne.

L'adozione del *compliance program* è comunque « un fatto invasivo nel sistema d'impresa » tale da richiedere un « approccio progettuale di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

vasto respiro, assimilabile all'impegno dedicato in sede di *pianificazione strategica* » (ID.). Vanno pertanto considerate, in una prospettiva integrata, alcune variabili progettuali quali: la così detta *mission* aziendale, le strategie d'impresa poste in essere e quelle pianificate, la configurazione istituzionale (con particolare riferimento alla *corporate governance*), la struttura organizzativa a livello generale, i « sistemi operativi utilizzati e quelli necessari, se mancanti, per il fisiologico funzionamento dell'azienda (sistemi dei controlli interni, sistemi informativi, norme e procedure interne, protocolli disciplinari, politiche del personale) » ed, infine, i profili « degli equilibri economici, finanziari e patrimoniali e quelli qualitativi (reputazione, qualità produttiva, vetustà dell'azienda, competenze) » (ID.). In quest'ottica operativa va quindi effettuata una presa d'atto della (eventuale) esistenza di un modello organizzativo (situazione *"as is"*) e della relativa idoneità ad assumere un'efficacia esimente in caso di contestazione di uno dei reati-presupposto; il passo ulteriore, una volta verificati gli scostamenti tra il modello di prevenzione richiesto dalla legge e l'attuale sistema di controlli e procedure esistenti nell'azienda (la così detta *gap analysis*), consiste nella vera e propria configurazione del modello come "dovrebbe essere" (situazione *"to be"*).

Da un punto di vista *funzionale*, il modello organizzativo è inteso a garantire quella *trasparenza* dell'organizzazione aziendale che — lo ricordiamo ancora — integra, anche in via preventiva, i requisiti della causa di esclusione dalla responsabilità della persona giuridica per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato (art. 6); esso costituisce altresì il presupposto indispensabile — dopo la commissione del reato — per abbattere l'entità della pena pecuniaria (art. 12 comma 2 lett. *b*) e scongiurare l'applicazione delle misure interdittive (artt. 17, 65 e 78), anche in veste cautelare (art. 49). *Conoscenza dell'organizzazione d'impresa* e *ricostruibilità delle scelte* e delle decisioni gestionali ne identificano i postulati operativi suscettibili di tradursi — con riguardo alla metodologia d'intervento del modello medesimo — nella *separazione delle funzioni di decisione* (nessun dirigente o funzionario può gestire in autonomia un intero processo), nella *regolamentazione* delle attività a rischio di reato, nella *disciplina* dei *poteri di delega* e *di firma*, nella *tracciabilità* delle fasi decisionali nelle quali possono insorgere i reati-presupposto.

È imprescindibile, nella così detta mappatura di rischio — cioè l'individuazione delle aree in cui alligna il pericolo della commissione di determinati reati —, la sinergia fondata sulla multidisciplinarietà delle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

competenze; la *gap analysis* è un'attività che richiede una integrazione costante di plurime e specifiche professionalità. Poiché ciascuna azienda (e settore di questa) presenta peculiari ambiti di rischiosità, il giurista d'impresa (esperto in diritto penale) dovrà interagire tanto con chi si occupa di organizzazione aziendale, quanto con chi esamina la gestione finanziaria (e i suoi flussi) per fotografare gli scostamenti tra il modello di prevenzione da adottare (situazione *"to be"*) e il contingente sistema di controlli e procedure esistenti al momento della attività istruttoria finalizzata a costruire il *compliance program* (situazione *"as is"*).

La complessità del modello è direttamente proporzionale alle esigenze, alla struttura, alla collocazione geografico-ambientale e alle risorse della singola impresa; variano, inoltre, i singoli reati che, per ipotesi, sono collegabili alle attività dell'ente considerate a rischio. Alla luce di ciò risulta comprensibile l'affermazione secondo la quale non esiste *"il"* modello. Settori produttivi differenti e dimensioni delle singole imprese sono i fattori che danno conto dell'impossibilità di pensare ed elaborare un paradigma universalmente valido.

La peculiarità dell'attività bancaria rappresenta l'altro dato strutturale che sconsiglia approcci unidirezionali in tema di modelli organizzativi. Le banche, infatti, in virtù della legislazione speciale e dei regolamenti ad esse applicabili, sarebbero « società in cui la cultura del controllo è fortemente sviluppata » (Linee Guida Abi). All'interno di ogni banca è « operativo un insieme di regole, di procedure e di strutture organizzative che devono mirare ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali ed il conseguimento della efficacia e dell'efficienza dei processi aziendali; la salvaguardia del valore delle attività e la protezione dalle perdite; l'affidabilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali; la conformità delle operazioni con la legge, con la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne » (Linee Guida Abi); per tali scopi, gli istituti di credito dovrebbero « assicurare la necessaria separatezza tra le funzioni operative e quelle di controllo ad evitare situazioni di conflitto di 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 di gestione con adeguato grado di dettaglio. Ogni banca effettua un monitoraggio finalizzato alla prevenzione di rischi connessi a frodi e infedeltà dei

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dipendenti e di quelli derivanti dall'eventuale coinvolgimento della banca in operazioni di riciclaggio di denaro sporco; 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 » (LINEE GUIDA ABI). Di conseguenza, questa regolamentazione — contenuta in ordini di servizio, disposizioni interne, normative aziendali, codici di autodisciplina, codici deontologici, codici disciplinari — « già di per sé [può] costituire » un modello organizzativo o « quanto meno la base precettiva di ciò che è un modello organizzativo » (LINEE GUIDA ABI). Una potenzialità che può tuttavia sclerotizzarsi in un limite: « per sommatoria sia dei presidi volti alla prevenzione degli illeciti, sia delle strutture tenute a garantire la conformità delle norme », nel settore bancario si addiviene « ad un sistema di gestione della *compliance* indubbiamente rafforzato, ma al tempo stesso composito, complesso, costituito da una sovrabbondanza di organi competenti a vario titolo in tema di controlli sulla correttezza dell'amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, con i correlati rischi di sovrapposizioni e inefficienze » (CAPOLINO).

5. (*Segue*): finalità e contenuti del modello: lineamenti generali.

Si tratta ora di esaminare *scopi* e *metodo di progettazione* del sistema di controllo che caratterizza il modello organizzativo; in relazione « all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati » il modello deve rispondere a un complesso di esigenze (art. 6 comma 2):

1) prima tra tutte quella di individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati (art. 6 comma 2 lett. *a* — ovvero la mappatura di rischio);

2) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (lett. *b* — con tale espressione si identifica il modello in senso stretto);

3) specificare le modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati (lett. *c*).

Come anticipato, la supervisione sul funzionamento e l'osservanza del modello è affidata ad un organismo dell'ente, che deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (art. 6 comma 1 lett. *b*) e

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

4) destinatario di informazioni — di natura obbligatoria — da parte delle strutture amministrativo-finanziarie dell'azienda (art. 6 comma 2 lett. *d*);

5) infine, l'effettività del modello dipende dall'adozione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello medesimo (art. 6 comma 2 lett. *e*).

Nel tessuto normativo fin qui descritto il legislatore aveva ritenuto opportuno innestare — alla fine del 2017 — una nutrita serie di disposizioni (artt. 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*) per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro (pubblico o) privato; trattasi del così detto *whistleblowing*, la cui disciplina è stata di seguito rivisitata dal d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24 che ha abrogato le suddette norme sostituendo, al tempo stesso, il testo del comma 2-*bis* dell'art. 6 (v., *infra*, § 6 e 11).

Il riferimento, nell'*incipit* del comma 2, alla « estensione dei poteri delegati » sottintende « come dato di fatto l'esistenza del decentramento di poteri e di funzioni, presuppone cioè [...] la moderna organizzazione attraverso una rete di deleghe ». Ed è « ragionevole pensare che la delega si carichi anche, nei punti nevralgici che saranno individuati dal vertice delegante, di un compito di specificazione regolatoria, in funzione prudenziale, delle attività ». Le funzioni delegate si concretizzano nella elaborazione « delle regole cautelari, del controllo circa la loro effettiva osservanza, della verifica della loro rispondenza all'attività lavorativa in concreto, che non è mai identica nel tempo »; tutto ciò implica che la redazione del modello organizzativo, da parte dei vertici dell'azienda, « non potrà mai tenere compiutamente conto di tutte le peculiarità e trasformazioni dell'agire concreto, ma stabilire percorsi di legalità stringenti. La loro specificazione in più minute regole non può che gravare sui soggetti ai quali la delega opera un'attribuzione di poteri per governare determinati settori » (ALESSANDRI).

La programmazione della formazione ed attuazione delle decisioni dell'impresa in relazione ai reati da prevenire (ovvero i protocolli *ex* lett. *b* del comma 2 dell'art. 6) comporta una « 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, i rischi identificati »; la prevenzione del rischio implica un intervento su due « fattori determinanti »: uno riferito alle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« probabilità di accadimento dell'evento », l'altro all'impatto dell'evento medesimo (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA).

Il primo passo comporta la valutazione dei vari settori dell'azienda, allo scopo di *individuare* le aree più esposte al rischio della commissione dei reati-presupposto e di analizzare i sistemi di controllo allo stato funzionanti (la "mappatura dei rischi": art. 6 comma 2 lett. *a*); in termini aziendalistici, questo viene definito un sistema di autovalutazione dei rischi (*control self assessment*), che deve risultare coerente con i più consolidati indirizzi internazionali e con le *best practice* in materia di controllo interno e di *corporate governance* (si veda, per esempio, il *COSO Report* del 1992, aggiornato nel 2013, che individua cinque principi metodologici: *control environment*, *risk assessment*, *control activities*, *information and communication, monitoring activities*). Questa attività deve condurre ad una rappresentazione delle modalità attraverso le quali possono essere compiuti taluni reati nel concreto contesto operativo dell'azienda; tipica di questo processo è, come accennato, la *gap analysis*, funzionale ad individuare gli scostamenti tra il modello di prevenzione "come dovrebbe essere" e l'attuale sistema di controlli e procedure adottati dall'ente.

La redazione dei protocolli (art. 6 comma 2 lett. *b*) rappresenta il passaggio decisivo per assicurare l'efficacia del modello e si estrinseca tramite la definizione delle procedure volte a prevenire i rischi di commissione di reati nelle aree così dette *sensibili*, cioè a dire quelle rilevate dal *self assessment*. Va delineato, in prima istanza, un sistema organizzativo « formalizzato e chiaro, soprattutto per quanto attiene all'attribuzione di responsabilità, alle linee di dipendenza gerarchica ed alla descrizione dei compiti » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA). In armonia con questo obiettivo, lo svolgimento delle attività, concepito tramite procedure manuali e informatiche, deve essere ispirato alla separazione dei ruoli: autorizzazione, esecuzione e controllo sono attività che non possono concentrarsi in capo alla stessa persona; questo è un principio di controllo fondamentale, a cui fa da complemento la *contrapposizione di funzioni* (l'esecutore non coincide con chi autorizza: costoro, a loro volta, sono monitorati da un controllore terzo). E l'assegnazione dei poteri autorizzativi e di firma — coerenti con responsabilità organizzative e gestionali adeguatamente definite — ne costituisce un importante risvolto. In proposito, l'impostazione di un sistema corretto deve assicurare che « l'esercizio dei poteri d'impresa nell'ambito di un processo decisionale sia svolto da posizioni di responsabilità congruenti con l'importanza e/o criticità di determinate operazioni economiche »,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

che alle decisioni partecipino soggetti i quali « svolgano effettivamente le attività [...] oggetto dell'esercizio dei poteri », e — infine — che l'ente « venga validamente impegnato nei confronti di terzi » (clienti, fornitori, banche, amministrazioni pubbliche) solo da « un numero ben determinato di soggetti muniti di delega scritta ove siano specificamente indicati i relativi poteri » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA). La peculiarità del settore bancario prevede che al conferimento della procura faccia « da contrappeso la delega di funzioni »: la prima è intesa a distribuire poteri, l'altra a ripartire responsabilità penali all'interno delle imprese imperniate su strutture organizzative complesse (COLONNA).

Va predisposto, in seconda istanza, un sistema di controllo gestionale suscettibile di allertare con tempestività circa l'insorgenza « di situazioni di criticità »; funzionale a ciò è la « definizione di opportuni indicatori per le singole tipologie di rischio elevato (ad esempio accordi di intermediazione che prevedano pagamenti *off-shore*) ed i processi di *risk assessment* interni alle singole funzioni aziendali » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA). Un altro esempio, nel settore bancario, riguarda le misure per prevenire il reato di riciclaggio; grazie all'archivio unico informatico e a particolari *software* di rilevazione, una determinata operazione, compiuta da un cliente, può risultare anomala e, quindi, *sospetta*, facendo scattare — pressoché in automatico — una sequenza di segnalazioni (a funzioni di controllo interne alla banca e, nei casi più gravi, alle autorità pubbliche di vigilanza di settore) suscettibili di culminare in un *blocco* dell'operazione posta in essere.

Quanto poi alla individuazione di « modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati » (art. 6 comma 2 lett. *c*), va rimarcato che le procedure riguardanti i flussi finanziari debbono ispirarsi ai canoni della *verificabilità*, della *trasparenza* e della *pertinenza* all'attività dell'azienda. In quest'ambito, il controllo procedurale « si avvale di strumenti consolidati nella pratica amministrativa, fra cui l'abbinamento delle firme; riconciliazioni frequenti; supervisione; separazione di compiti »; inoltre, specifica attenzione « deve essere riposta sui flussi finanziari non rientranti nei processi tipici aziendali, soprattutto se si tratta di ambiti non adeguatamente proceduralizzati e con caratteri di estemporaneità e discrezionalità. In ogni caso è necessario che siano sempre salvaguardati i principi di trasparenza, verificabilità, inerenza all'attività aziendale » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA). Un sistema di gestione delle risorse finanziarie proiettato ad evitare la commissione di illeciti deve, a sua

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

volta, essere in grado di attivarsi in presenza di segnali d'allarme (così detti *red flag*) quali sono, per esempio, i livelli delle provvigioni riconosciute a consulenti esterni (ove sproporzionati nei confronti degli usi vigenti) oppure l'anomalia di una operazione finanziaria rispetto al mercato (IELO).

Per ciò che riguarda gli « obblighi di informazione » nei confronti dell'organismo di vigilanza (art. 6 comma 2 lett. *d*), viene in evidenza la delicata tematica dei canali e dei flussi informativi che alimentano la cognizione dell'organo in parola. Senza un adeguato e congruo "sapere" non è possibile esercitare controllo alcuno; per questo, il modello deve prescrivere gli obblighi di informazione, soprattutto da parte dei responsabili delle aree a rischio, nei confronti dell'organo di vigilanza (il tema sarà approfondito nel cap. VIII, § 6).

Infine, l'introduzione di un sistema disciplinare, idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (art. 6 comma 2 lett. *e*), rappresenta il veicolo per garantire l'efficacia di quest'ultimo. Tale sistema dovrà sanzionare chi — apicali, dipendenti e, talvolta, anche collaboratori esterni dell'azienda — ponga in essere comportamenti in violazione del modello organizzativo. A tale fine, è necessario tipizzare un novero di infrazioni dei dipendenti e, in via speculare, un catalogo di sanzioni che, da un lato, risultino rispettose delle norme giuslavoristiche in materia e, dall'altro, non erodano le prerogative dell'assemblea dei soci, cioè l'organo cui spetta ogni deliberazione finale in proposito (in particolare, sulle sanzioni da irrogare agli apicali).

Ai temi dei flussi informativi verso l'organismo di vigilanza e del sistema disciplinare si connette quello della tutela del dipendente che segnala reati, irregolarità o violazioni delle prescrizioni del modello di organizzazione di cui sia venuto a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro: come anticipato, la l. 30 novembre 2017 n. 179 aveva introdotto numerose disposizioni, poi sostituite dal d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24 (comma 2-*bis* dell'art. 6; v., *infra*, § 6).

La comunicazione al personale e la sua formazione costituiscono — benché non esplicitamente previsti dalla legge — altrettanti requisiti funzionali all'efficacia del modello; devono essere portati a conoscenza di chi lavora in azienda non solo i contenuti del modello organizzativo ma anche « altri strumenti quali i poteri autorizzativi, le linee di dipendenza gerarchica, le procedure, i flussi di informazione e tutto quanto contribuisca a dare trasparenza nell'operare quotidiano »; dal canto suo, un programma di formazione adeguato deve rivolgersi, in

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

particolare, al personale delle aree considerate a rischio di perpetrazione di condotte illecite (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA).

Il modello organizzativo può altresì annoverare — oltre agli indispensabili protocolli di cui all'art. 6 comma 2 — anche un codice etico (detto altrimenti codice di comportamento, o codice di autocondotta o, ancora, codice di autodisciplina), cioè uno strumento inteso ad « affermare concretamente *un principio di autoregolamentazione*, ai fini della prevenzione degli illeciti e dell'affermazione di una cultura della legalità, fino all'introduzione di un incisivo sistema di valori etici, strumentalmente utili alla tutela della reputazione dell'impresa e alla creazione di un generale consenso delle proprie strategie » (BASTIA). Essi confluiscono in un documento ufficiale dell'ente (per l'appunto, il codice etico) ed annoverano l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità della persona giuridica nei confronti dei così detti *stakeholders* — ossia, soggetti diversi dalla proprietà aziendale ma comunque coinvolti, a vario titolo, nella sua gestione, quali i dipendenti, i fornitori, i clienti, i consumatori finali, la pubblica amministrazione. I codici etici costituiscono « una piattaforma di comportamenti eticamente rilevanti » che, laddove assumano rilevanza criminosa e si riferiscano ai reati-presupposto, sono « alla base di un modello di organizzazione adottabile da un'impresa »: quest'ultimo « rimane però un documento diverso e distinto dal codice etico sia dal punto di vista funzionale che operativo » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA). I contenuti minimi del codice etico muovono da premesse di carattere estremamente generale (l'ente « ha come principio indispensabile il rispetto di leggi e regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui esso opera »), per poi enucleare direttive di massima relative alle operazioni e alle transazioni (che devono essere « correttamente registrat[e], autorizzat[e], verificabil[i], legittim[e], coerent[i] e congru[e] »: LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA) ed ai rapporti con gli interlocutori dell'azienda (in particolare, pubblica amministrazione e pubblici dipendenti).

Da richiamare, infine, due ulteriori aspetti che caratterizzano l'attività di *compliance* organizzativa, l'uno con funzione dimostrativa, l'altro di carattere metodologico. Per esigenze di natura probatoria — che afferiscono, in ultima analisi, al procedimento penale contro la *societas* — le singole attività compiute per la costruzione del modello dovranno essere documentate per iscritto; ciò vale anche per quanto concerne l'effettuazione dei controlli (compresi quelli svolti dall'organismo di vigilanza) e l'opera di aggiornamento del modello medesimo. Inoltre, poiché la progettazione del sistema di controllo non si esaurisce

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

in una procedura *una tantum*, ma richiede un *continuum* applicativo — il cui parametro di riferimento è l'efficacia preventiva (dei fattori di rischio e, quindi, dei reati) — ne consegue che il processo di gestione del rischio (cioè la concreta operatività del modello) richiede una costante supervisione.

6. (*Segue*): la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità (c.d. *whistleblowing*).

Mutuata dall'esperienza dei paesi anglosassoni, la normativa (d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24) a tutela del lavoratore che effettua segnalazioni (il fenomeno è conosciuto come *whistleblowing*, cioè « *the disclosure by a person, usually an employee in a government agency or private enterprise, to the public or to those in authority, of mismanagement, corruption, illegality, or some other wrongdoing* ») riguarda sia la posizione del dipendente pubblico sia quella del dipendente o collaboratore del settore privato. Il citato decreto del 2023 recepisce nel nostro ordinamento la direttiva UE 2019/1937 (del Parlamento europeo e del Consiglio) intitolata « protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e [...] disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali ». La direttiva europea intende prevenire (e contrastare) gli illeciti commessi nelle istituzioni pubbliche e nelle aziende private — a danno delle stesse — incoraggiando la rivelazione da parte di chi ne è venuto a conoscenza nell'ambiente di lavoro; viene così abrogata la pregressa disciplina (l. n. 179 del 2017) e compendiato in un unico *corpus* — per il settore pubblico e per quello privato — il regime volto a tutelare i soggetti che segnalano condotte illecite (*whistleblowers*) lesive dell'integrità degli enti.

Il comma 2-*bis* dell'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 dispone che i modelli organizzativi prevedano, ai sensi del d.lgs. n. 24 del 2023:

— i canali di segnalazione interna,

— il divieto di ritorsione,

— il sistema disciplinare (adottato *ex* art. 6, comma 2, lett. *e*, del decreto del 2001).

Occorre pertanto illustrare i contenuti salienti del d.lgs. n. 24 del 2023, a cui fa esplicito richiamo la citata disposizione sui soggetti in posizione apicale e modelli organizzativi. Poiché l'articolato del 2023 è non poco complesso (25 disposizioni, più allegati), si traccerà qui una sintesi, naturalmente ritagliata sugli enti di diritto privato.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Scopo della normativa è, come anticipato, la protezione delle persone che segnalano violazioni di disposizioni normative nazionali o dell'Unione europea suscettibili di ledere l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, di cui siano venute a conoscenza sul luogo di lavoro (art. 1 comma 1).

Si rendono necessarie alcune precisazioni.

Per « violazioni » si intendono comportamenti, atti o omissioni, di cui il segnalante sia venuto a conoscenza *nel contesto lavorativo*, che ledono l'« *integrità* » dell'ente privato — esattamente questo è il bene giuridico tutelato, dal punto di vista aziendale — e che consistono in condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 o inosservanze dei modelli di organizzazione (art. 2, comma 1, lett. *a*, n. 2): di conseguenza, sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina le segnalazioni legate a un interesse di carattere personale del segnalante o quelle attinenti ai suoi rapporti individuali di lavoro.

Le segnalazioni devono essere circostanziate e fornire: *a*) i dati identificativi del segnalante, *b*) le circostanze di luogo e di tempo in cui si è verificato il fatto oggetto della segnalazione, *c*) le generalità del soggetto cui attribuire i fatti segnalati; si tratta di elementi conoscitivi indispensabili ai fini della valutazione di ammissibilità — e, quindi, per l'avvio della relativa attività istruttoria — della segnalazione (CONFINDUSTRIA).

Destinatari della normativa sono, nel settore privato, le realtà aziendali che hanno impiegato, nell'anno solare precedente, la media di almeno cinquanta lavoratori subordinati (con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato) oppure che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 e adottano i modelli di organizzazione, anche se nell'ultimo anno non hanno raggiunto la suddetta media di lavoratori (art. 2, comma 1, lett. *q*, n. 1 e n. 3).

Quanto ai canali interni di segnalazione e alla procedura per la gestione di quest'ultima, la disciplina dispone che:

1) gli enti privati attivano (previa consultazione dei sindacati) i propri canali di segnalazione i quali devono garantire, anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia, la riservatezza dell'identità della persona segnalante, della persona coinvolta e della persona menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione; l'ente deve mettere a disposizione dei dipendenti informazioni chiare sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni interne;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2) la gestione del canale di segnalazione è affidata, a discrezione dell'ente, a una persona (in genere, il responsabile della funzione di *internal audit* o della *compliance*), o a un ufficio interno dedicato (l'organismo di vigilanza, qualora l'azienda abbia adottato il modello organizzativo), o a un soggetto esterno — tutti contraddistinti da autonomia, intesa come imparzialità e indipendenza, e dotati di personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione;

3) le segnalazioni sono effettuate in forma scritta, anche con modalità informatiche, oppure in forma orale; le segnalazioni orali avvengono tramite linee telefoniche o sistemi di messaggistica vocale ovvero, su richiesta del segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole (art. 4); quindi, per l'ente è obbligatorio predisporre sia il canale scritto — analogico o informatico — sia quello orale (Confindustria);

4) il canale interno deve essere gestito (art. 5) dall'ufficio preposto rilasciando alla persona segnalante avviso di ricevimento della segnalazione entro sette giorni dalla data di ricezione e mantenendo aperte le interlocuzioni con il segnalante; dopo la preliminare verifica sull'ammissibilità della segnalazione, il gestore di quest'ultima procede all'avvio dell'istruttoria e all'accertamento dei fatti segnalati; gli esiti possono sfociare nell'archiviazione (in caso di infondatezza della segnalazione) oppure nella prosecuzione dell'*iter* per i provvedimenti di competenza, devoluti alle funzioni interne (direttore generale, risorse umane, ufficio legale); il gestore della segnalazione non può infatti compiere valutazioni circa le responsabilità individuali e, di conseguenza, nemmeno adottare provvedimenti, i quali spettano — per l'appunto — agli organi di gestione (Confindustria); al segnalante va fornito, da parte del gestore della segnalazione, un riscontro sui provvedimenti adottati in merito — cioè quelli illustrati poco sopra — entro tre mesi dalla data dell'avviso di ricevimento.

Il nucleo centrale della normativa in esame concerne la protezione del segnalante: questa si esplicita con l'obbligo di riservatezza circa la sua identità, con il divieto di ritorsioni nei suoi riguardi e con la limitazione della sua responsabilità per la rivelazione di informazioni riservate (Confindustria).

Gli obblighi di riservatezza sono previsti dall'art. 12, il quale dispone che l'identità del segnalante — compresa qualsiasi altra informazione da cui la suddetta possa evincersi (direttamente o indirettamente) — non può essere rivelata, senza il consenso espresso del *whistleblower*, a persone diverse da quelle competenti a ricevere o a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

gestire segnalazioni (nel procedimento penale la segretezza dell'identità è disciplinata dall'art. 329 c.p.p.). Nell'ambito del procedimento disciplinare, instaurato contro il presunto autore della condotta oggetto di segnalazione, l'identità del segnalante non può essere rivelata qualora la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. L'ente ha inoltre l'obbligo di tutelare l'identità delle persone menzionate nella segnalazione, fino alla conclusione dei procedimenti scaturiti da quest'ultima, nel rispetto delle garanzie previste a favore del segnalante.

Le segnalazioni e la relativa documentazione sono conservate per il tempo necessario al trattamento della segnalazione e comunque non oltre cinque anni a decorrere dalla data della comunicazione dell'esito della procedura di segnalazione (art. 14).

L'art. 16 contempla le seguenti condizioni per la protezione del segnalante:

— quando, al momento della segnalazione (o della denuncia all'autorità giudiziaria o contabile), il segnalante (o denunciante) aveva *fondato motivo* di ritenere che le informazioni sulle violazioni segnalate (o denunciate) fossero vere,

— che la segnalazione sia stata effettuata nel rispetto della disciplina contemplata dal d.lgs. n. 24 del 2023.

Qualora il segnalante sia stato condannato per diffamazione o calunnia (o in caso di responsabilità civile, per dolo o colpa grave) le tutele non sono garantite e al denunciante è irrogata una sanzione disciplinare.

Il divieto di ritorsioni nei confronti del segnalante è stabilito dall'art. 17, che annovera (comma 4) una cospicua serie di misure vietate, prime fra tutte il licenziamento, la sospensione o provvedimenti equivalenti; nell'ambito di procedimenti giudiziari o amministrativi, volti ad accertare fatti ritorsivi, vige la presunzione che questi ultimi siano stati posti in essere a causa della segnalazione (e l'onere della prova del fatto che tali atti fossero motivati da ragioni estranee alla segnalazione è a carico di colui che li ha posti in essere: comma 2 dell'art. 17). Sono altresì previste misure di sostegno, informazioni, assistenza e consulenze a titolo gratuito sulle modalità di segnalazione e sulla protezione dalle ritorsioni offerte dalla legge (art. 18). La protezione dalle ritorsioni (art. 19) assegna all'Anac un ruolo di primo accertamento istruttorio dei fatti, sui quali comunque si pronuncerà l'autorità giudiziaria adita.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Quanto alla limitazione della responsabilità del *whistleblower* — nelle sedi penale, civile e amministrativa — per la rivelazione di informazioni riservate (per esempio, quelle coperte da segreto d'ufficio o professionale), essa opera qualora al momento della segnalazione vi fossero motivi fondati per ritenere gli elementi conoscitivi necessari a disvelare la violazione (oggetto di segnalazione).

Come anticipato, il sistema disciplinare dell'ente deve contemplare sanzioni nei confronti dei responsabili:

— di ritorsioni,

— di avere ostacolato la segnalazione,

— di non avere istituito adeguati canali di segnalazione o di violazioni dell'obbligo di riservatezza (art. 21 comma 2).

Sanzioni vanno altresì previste a carico del segnalante che si sia reso responsabile dei reati di diffamazione o calunnia (o del quale sia stata accertata la responsabilità civile nei casi di dolo o colpa grave).

Gli artt. 20 e 21 prevedono, rispettivamente, le limitazioni della responsabilità dell'ente che rivela informazioni sulle violazioni coperte dal segreto e le sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili da Anac.

Infine, a disposizione del *whistleblower* è previsto un canale di segnalazione esterna, istituito dall'Anac (*ex* art. 7), utilizzabile solo nei casi in cui l'azienda non abbia attivato quello interno o la segnalazione non abbia avuto seguito, oppure qualora il segnalante abbia fondato motivo di ritenere che la segnalazione non riceva riscontri o che lo esponga a ritorsioni o che la violazione rappresenti un pericolo per il pubblico interesse; la norma introduce così una « inedita interazione » tra imprese private e Anac nella gestione della segnalazione (CONFINDUSTRIA).

7. (*Segue*): la metodologia per la realizzazione del modello.

Dopo avere focalizzato le finalità e le linee principali che innervano il modello di organizzazione e di gestione — cioè lo strumento per programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in funzione dei reati da prevenire — occorre ora soffermarsi ad analizzare il metodo da seguire per predisporre concretamente il modello in parola.

Le attività fondamentali concernono:

a) la raccolta e la verifica della documentazione aziendale rilevante;

b) la mappatura di rischio;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

c) l'identificazione e l'analisi dei presidi di rischio già esistenti;

d) la *gap analysis*;

e) la realizzazione dei protocolli.

Con riferimento all'attività istruttoria (*a*) occorre acquisire la documentazione interna dell'ente in materia di organizzazione, di *governance* e di sistemi di controllo; in via esemplificativa:

— l'organigramma ed il funzionigramma della società (cioè a dire i documenti che attestano "chi fa e cosa fa");

— lo statuto;

— il regolamento di gruppo o quello della singola società;

— gli ordini di servizio;

— le deleghe e le procure conferite;

— i fascicoli regolamentari operativi e le procedure formalizzate;

— le *policy* (per esempio, quella seguita in tema di trattamento dei dati personali);

— il regolamento di spesa;

— la contrattualistica rilevante;

— il regime disciplinare (infrazioni e sanzioni);

— gli *standard* seguiti dall'*internal audit* (laddove esistente) ed i piani di verifica (altrimenti, gli esiti dei controlli del collegio sindacale);

— il codice etico.

Una volta disponibile il quadro dell'assetto organizzativo della società lo *step* successivo è rappresentato dalla mappatura di rischio (*b*); questa richiede:

— l'individuazione di tutte le attività della società;

— l'analisi dettagliata di ciascuna di esse (singolarmente intesa), volta a verificarne i precisi contenuti, le concrete modalità operative, la ripartizione delle competenze, la sussistenza di comportamenti suscettibili di integrare i reati-presupposto;

— l'identificazione delle aree di rischio. Questa avviene attraverso il metodo delle *interviste* — condotte dal gruppo di lavoro incaricato di redigere il modello — con le quali si approfondiscono gli aspetti peculiari delle attività a rischio; gli intervistati sono scelti tra i soggetti dotati di responsabilità e delle conoscenze più approfondite circa le modalità operative di ciascun settore di attività (e spetta al *management* dell'ente indicare — a coloro che svolgono la mappatura — i dipendenti e i collaboratori che, funzione per funzione, vanno sottoposti a specifici colloqui: v. CAPECCHI); i risultati dell'intervista sono verbalizzati e sintetizzati in schede analitiche che costituiscono la rappresen-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tazione dei concreti profili di rischio di commissione di un reato-presupposto.

Una volta identificate le aree "sensibili", va esplicitamente richiesto al responsabile della funzione o dell'unità organizzativa oggetto di attenzione, di illustrare le procedure operative nonché i concreti controlli *già esistenti* e idonei a prevenire il rischio di reato individuato (*c*); anche questo ulteriore passaggio va specificamente documentato e sintetizzato.

La *gap analysis* (*d*) si risolve così in una operazione logica di "sottrazione": i risultati concreti della mappatura di rischio (e la verifica dei relativi presidi) vengono raffrontati con i requisiti organizzativi richiesti dai commi 1 e 2 dell'art. 6; le carenze del sistema aziendale che (eventualmente) emergono rappresentano la base dalla quale muove il lavoro finalizzato ad allineare la società ai requisiti della prevenzione dei rischi da reato. Il soggetto responsabile dell'area rivelatasi a rischio di reato — o non sufficientemente presidiata — viene di nuovo interpellato al fine, questa volta, di specificare quali possano essere gli interventi che risultino idonei a prevenire la commissione di specifici illeciti. In altre parole, il singolo dirigente cogestisce la redazione dello specifico protocollo destinato a disciplinare l'attività dell'area di cui è responsabile e, così facendo, contribuisce a edificare il modello societario.

I protocolli (*e*), « diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire » (art. 6 comma 2 lett. *b*), costituiscono l'approdo del procedimento fin qui descritto, caratterizzano il nucleo del modello organizzativo e — in ultima analisi — si identificano con quest'ultimo. Per ciascuna unità operativa, nella quale sia stata ravvisata una ipotesi di rischio-reato, viene definito un protocollo di decisione contenente la disciplina che il responsabile della unità medesima ha concorso ad illustrare come la più idonea a governare e prevenire il rischio individuato; trattasi di un coacervo di regole e di procedure, ispirate dalla esigenza di verificare e documentare le varie fasi del processo decisionale, grazie alle quali risulta possibile risalire alla motivazione che ha guidato la risoluzione adottata. I protocolli vengono poi recepiti in un *ordine di servizio*, emanato (il più delle volte) dalla direzione generale e indirizzato all'unità operativa di riferimento, inteso a rendere ufficiali e cogenti — nei confronti del personale incaricato di compiere l'attività nel cui contesto si radica il rischio — le regole di condotta in esso contenute ed esplicitate. Gli ordini di servizio di ogni unità operativa (con l'indicazione delle attività a rischio) confluiscono in un *allegato al*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

modello organizzativo, che costituisce parte integrante di quest'ultimo. Nella prassi applicativa i modelli sono sovente suddivisi in una "parte generale", che contiene le parafrasi delle disposizioni del d.lgs. n. 231 del 2001 e dei reati previsti dalla legge penale, nonché informazioni generiche sulla struttura della società, e in una "speciale", a sua volta ripartita in più allegati, che racchiude i protocolli e gli ordini di servizio: la prima è spesso pubblicata sul sito *internet* aziendale, la seconda non è — generalmente — accessibile al pubblico. La "parte speciale" (con i relativi protocolli) è coperta da riservatezza in ragione delle informazioni sensibili che la caratterizzano; qui trovano spazio anche le « modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione del reato » (art. 6 comma 2 lett. *c*): trattasi, in particolare, del *regolamento di spesa* il quale, per l'appunto, individua le suddette modalità. Il regolamento di spesa stabilisce che le procedure in materia di flussi finanziari si svolgano — come si è illustrato — in ossequio a principi di verificabilità, trasparenza e pertinenza all'attività d'impresa; tale regolamento deve inoltre garantire che i poteri autorizzativi e di firma — si pensi alla loro importanza nel settore bancario — siano devoluti nel rispetto e in conformità alle effettive responsabilità di organizzazione e di gestione. Analogamente ai protocolli, il regolamento di spesa è adottato e reso obbligatorio tramite un ordine di servizio.

8. (*Segue*): esemplificazioni sui modelli organizzativi in rapporto a specifici rischi di reato.

Esaminata la metodologia per la costruzione del modello organizzativo e di gestione, si farà ora qualche cenno ai contenuti generali del medesimo, con specifico riferimento alla funzione preventiva che il *compliance program* deve assolvere in rapporto a specifici rischi di reato. Saranno portati solo un paio di esempi, e ciò in ragione sia della numerosità e varietà delle fattispecie criminose contemplate dagli artt. 24 ss., sia della poliedricità delle strutture aziendali e dei beni (o servizi) da esse prodotti.

Per quanto riguarda le attività di controllo intese a prevenire il reato di corruzione (si tenga tuttavia presente che le fattispecie di cui all'art. 25 sono state arricchite, ad opera della l. 6 novembre 2012 n. 190, dal delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, *ex* art. 319-*quater* c.p.), queste si articolano, in buona sostanza, in tre stadi. Una « *fase precedente le attività aziendali* che possono trarre giova-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mento dal reato di corruzione », per determinare quali fra esse sono più suscettibili di alimentare la commissione di illeciti; occorre quindi « analizzare nel dettaglio i processi aziendali esistenti » al fine di individuare regole e prassi che possono « agevolare comportamenti devianti »; andranno quindi intraprese attività « volte a conoscere e valutare la controparte commerciale », nel caso di vendite o acquisti, e « l'effettività dell'operazione commerciale svolta »; dovrà anche essere effettuato « un esame dei beni e servizi realizzati dalla controparte in relazione alle esigenze dell'ente »; va poi condotto un esame « delle modalità operative con le quali l'ente interessato dal modello organizzativo svolge le sue attività 'sensibili' », per esempio, quanti e quali funzionari trattano la vendita dei prodotti dell'azienda nei confronti della pubblica amministrazione, chi è autorizzato a concedere sconti commerciali o riduzioni di prezzo, qual è la forma della suddetta autorizzazione; occorre inoltre pianificare i processi *standard* « che dovranno essere adottati da tutti gli operatori dell'ente nello svolgimento di attività ritenute a rischio » o, in altre parole, « modificare i processi esistenti, nel caso che questi presentino delle criticità, al fine di evidenziare una *best practice* per lo svolgimento dell'attività »; infine, andrà effettuato un « controllo della 'normalità' dell'operazione intrapresa, nel caso sia di vendita sia di acquisti, per esempio controllando la misura degli sconti concessi, in relazione alla prassi commerciale adottata per simili tipi di transazione, ovvero il prezzo degli acquisti effettuati allo scopo di evidenziare eventuali sovrafatturazioni ».

Segue, quindi, una « *fase contemporanea alle attività svolte*, che si potrebbe definire di monitoraggio dei processi aziendali » allo scopo di verificare la potenziale esistenza di condizioni favorevoli all'insorgenza di attività corruttive; di conseguenza, andrà operato un « controllo delle risorse finanziarie coinvolte nell'operatività aziendale »: per esempio, la verifica dell'esistenza di una causale valida per ogni movimento finanziario o del fatto che « l'ammontare delle risorse movimentate corrisponda a quanto previsto dai singoli contratti stipulati dall'ente »; si accerterà che « i contatti con il cliente avvengano in modo documentato, ovvero che ai colloqui e incontri con clienti con i quali è più elevato il rischio della transazione sia sempre presente un altro funzionario »; infine, si avrà cura che « tutto il processo commerciale sia adeguatamente supportato non soltanto dai consueti documenti contrattuali, ma anche dai *report* interni (cartacei o informatici) che ogni funzionario preposto alla vendita o agli acquisti dovrà [...] compilare e sottoporre per una verifica, almeno a campione, al responsabile della

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

funzione aziendale interessata, all'organo di *internal control*, ovvero all'[organismo di vigilanza] ».

Infine, la « *fase successiva alla realizzazione delle attività medesime*, attraverso la quale si deve cercare di determinare i sintomi o le tracce che inducono a ritenere di essere in presenza di operazioni potenzialmente dannose »: i controlli saranno quindi intesi a verificare, da un lato, che i beni ordinati siano effettivamente entrati in magazzino — o nel processo di produzione — o che il servizio sia stato svolto e, dall'altro lato, che « ai beni o servizi ceduti o acquistati sia seguita l'emissione o la ricezione dei documenti fiscali e contabili previsti, la loro corretta contabilizzazione e l'effettivo incasso o pagamento del corrispettivo » (v. RUBBOLI-BRAMIERI-BAGAGLIA-BOGLIACINO).

Sempre in termini esemplificativi, gli esponenti dell'ente dovranno evitare di favorire situazioni di potenziale conflitto di interesse con la pubblica amministrazione (o con i suoi funzionari); effettuare elargizioni di denaro, o di altre utilità rilevanti, nei confronti degli appartenenti alla pubblica amministrazione; promettere o accordare vantaggi di qualsiasi genere al personale della pubblica amministrazione; distribuire omaggi o regali, al di fuori della normalità e della comune cortesia, anche in relazione alle prassi dell'ente; corrispondere compensi agli intermediari o ai professionisti (che operano per l'ente) non giustificati in relazione al servizio svolto; effettuare pagamenti in contante (o in natura).

Per quanto concerne invece i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (rispettivamente, artt. 184 e 185 t.u.f., richiamati dall'art 25-*sexies*), occorre premettere che il modello organizzativo va ritagliato sulla regolamentazione delle fonti di *produzione* e di quelle di *cognizione* dell'*informazione societaria* in materia di strumenti finanziari. In particolare, esso deve « prevedere, attraverso specifiche scansioni procedimentali, soggetti, tempi, modi e luoghi di produzione dell'informazione nonché individuare le sue forme di diffusione interna ed esterna, monitorando flussi informativi al fine della prevenzione dei reati » (IELO). Ne deriva che le modalità di gestione « devono anzitutto garantire la *tracciabilità* dell'informazione privilegiata *price sensitive* » avendo riguardo, appunto, alle coordinate spazio-temporali ed alle fonti della sua produzione, alle sue modalità di circolazione interna, ai soggetti, ai tempi, alle modalità ed ai luoghi della sua comunicazione esterna. Accanto al metodo della tracciabilità dell'informazione « deve ritenersi che strumento di adeguata prevenzione siano i presidi posti a *protezione* del flusso informativo che si

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

collochi in un'area di rischio ». In quest'ottica, particolare rilevanza assume « la previsione di obblighi di riservatezza, adeguatamente rappresentati attraverso specifici corsi di formazione, in capo ai soggetti vettori del rischio, secondo linee che siano: specifiche, poiché indirizzate a coloro i quali operano in aree a rischio, orientate a fornire strumenti di conoscenza e di azione idonei ad attivare le funzionalità del modello; direzionali, poiché orientate verso l'organismo deputato alla vigilanza sul modello ». Nell'ambito dei presidi di protezione, ove le informazioni privilegiate siano veicolate anche attraverso strumenti informatici, devono esistere adeguati strumenti di tutela « verso l'esterno e verso i segmenti funzionali dell'ente che non hanno accesso ad esse ». Ai fini di un'adeguata prevenzione, notevole rilievo assume altresì « la predisposizione di meccanismi di separatezza tra le varie funzioni aziendali », intesi ad impedire « la circolazione delle informazioni tra i settori diversi che di esse si occupano ». Per realizzare tale separatezza, « ed edificare efficaci *chinese walls* », le procedure da seguire potrebbero consistere: nel separare, anche sul piano logistico, i diversi comparti; nell'evitare che tra i diversi comparti vi siano funzioni comuni; nel separare, anche fisicamente, lo "sportello" del conto dell'ente da quello della clientela; nel sospendere, « tramite blocchi di sistema, l'operatività sui titoli e gli studi sugli stessi, nel caso in cui un altro comparto dell'intermediario abbia ricevuto l'incarico di *advisor* o per la ristrutturazione di un emittente o gruppo quotato o per la realizzazione straordinaria sul capitale o sul debito o per l'aggregazione con altri gruppi » (IELO).

Con riferimento all'idoneità dei protocolli intesi a prevenire il reato di aggiotaggio (art. 2637 c.c.) cfr., per contrapposte interpretazioni, Cass. 18 dicembre 2013, n. 4677 e Id. 11 novembre 2021, n. 23401, entrambe sul "caso Impregilo" (v., *infra*, cap. IX, § 1).

9. (*Segue*): esemplificazioni sui contenuti dei protocolli di una società di servizi.

Poiché il modello organizzativo deve essere tarato, con riguardo alle singole attività aziendali, sui rischi di reato da prevenire, ne consegue che i protocolli operativi e organizzativi di cui esso si compone — cioè il suo "cuore pulsante" — presentano una serie di variabili tali da non risultare riconducibili ad un paradigma universalmente valido. A prescindere, dunque, sia dall'elemento soggettivo (dolo o colpa), sia da quello oggettivo delle fattispecie criminose,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

suscettibili di manifestarsi nel corso di un determinato ciclo produttivo, si esemplificherà qui — in termini del tutto generici — una griglia di protocolli adottata da una società specializzata nella fornitura di servizi. I suddetti sono intesi a configurare:

— in via generale, un sistema organizzativo formalizzato e trasparente;

— talune procedure (manuali ed informatiche) per regolamentare lo svolgimento delle attività con riguardo vuoi alle decisioni di acquisto di beni, vuoi alla predisposizione di nuovi servizi, vuoi — ancora — alla progettazione di eventi;

— un sistema formalizzato di selezione e valutazione dei fornitori di beni e servizi;

— talune procedure standardizzate per l'assunzione di personale;

— un sistema di poteri autorizzativi e di firma ispirato ad una chiara ripartizione di ruoli decisionali;

— specifiche limitazioni all'uso di denaro contante e procedure di tracciabilità dei pagamenti;

— modalità di scelta e strumenti di controllo dei soggetti che svolgono funzioni di rappresentanza della persona giuridica.

Formalizzazione e trasparenza della struttura organizzativa dell'ente costituiscono, come anticipato, le condizioni in assenza delle quali non è immaginabile la progettazione e l'adozione di un efficace *compliance program*; la struttura degli organi sociali, l'organigramma (ed il funzionigramma) devono di conseguenza risultare delineati e, all'occorrenza, agevolmente individuabili da appositi prospetti; dall'esame sinottico tra i suddetti schemi, lo statuto sociale, il mansionario e le schede del personale deve emergere, in maniera perspicua, il livello di responsabilità individuale (tanto degli apicali quanto dei subordinati) nel contesto dei singoli processi decisionali e produttivi; solo muovendo da tale "base" la struttura dell'ente potrà interagire — e, in un certo senso, completarsi — con le regole procedurali (e farle, per così dire, proprie), adottate in relazione alle singole attività a rischio di reato, nelle quali si identifica il modello di organizzazione e di gestione.

L'adozione di procedure manuali ed informatiche, finalizzate a regolamentare le modalità di richiesta, di valutazione e di autorizzazione a sostenere costi per l'acquisto di beni e di servizi, riveste un ruolo fondamentale allo scopo di monitorare il corretto impiego delle risorse finanziarie e di prevenire l'accantonamento di provviste di denaro da impiegare per attività illecite (CRUCIANI-DI DIEGO-GENTILI-ZITO). Le procedure di acquisto possono essere formalizzate in diversi

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ambiti operativi: si pensi a quello inerente alle richieste di acquisto di specifici beni e servizi ed a quello relativo al preventivo di commessa, grazie al quale fissare le soglie massime di spesa in merito ai progetti più rilevanti e complessi. Compilazione e controllo della documentazione che concerne le citate procedure avvengono con modalità manuali ed informatiche.

La richiesta di acquisto va predisposta (obbligatoriamente) ai fini dell'autorizzazione preventiva di particolari tipologie di spesa (da individuarsi in maniera analitica): essa rappresenta il riferimento indispensabile — per l'ufficio dell'amministrazione — al fine di una corretta attività di pagamento dei fornitori dell'azienda e per il controllo preventivo dei costi; la mancata autorizzazione degli organi competenti comporta l'impossibilità di dare corso alla spesa e le fatture di acquisto non abbinabili ad una richiesta (di acquisto) approvata devono essere sospese fino al momento in cui non intervenga apposita giustificazione da parte dell'organo che ha autorizzato l'operazione; devono inoltre essere previste modalità di compilazione omogenee delle richieste suddette (preferibilmente in formato elettronico) e della trasmissione all'apposito ufficio dell'amministrazione; la fase di autorizzazione riveste un'importanza centrale poiché compendia sia l'attività preventiva di valutazione della coerenza e della congruità della spesa richiesta, sia la concreta attuazione delle scelte aziendali in tema di deleghe e competenze dei vertici: a tale scopo risultano fondamentali taluni passaggi quali la predisposizione della richiesta di acquisto firmata dal richiedente, l'inoltro della medesima al responsabile di area per l'autorizzazione a presentarla formalmente e, in via successiva, il suo invio all'apposito ufficio dell'amministrazione per la verifica di coerenza con il bilancio di previsione, la sottoposizione — da parte di quest'ultimo — della richiesta d'acquisto al soggetto apicale competente e, infine, la comunicazione al richiedente dell'esito della richiesta. Con riferimento al preventivo di commessa — la cui predisposizione, come anticipato, è necessaria per approvare il *quantum* di spesa destinato ai progetti aziendali più rilevanti — va evidenziata, da un lato, la caratteristica di mera stima del preventivo (sono infatti specificati i costi massimi per la realizzazione dei progetti), dall'altro lato, la riconducibilità al medesimo di differenti categorie e tipologie di spesa; le modalità di compilazione e i flussi di autorizzazione (e di invio) del preventivo di commessa sono simili a quelli, sopra indicati, relativi alla richiesta di acquisto. Per quanto concerne, infine, la progettazione di un nuovo servizio o di un evento — attività svolte, in prevalenza, dalle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

associazioni di categoria — vanno adottate procedure, tipiche di un sistema certificato di qualità, che contemplino, per un verso, le responsabilità e le modalità per la gestione del processo di progettazione del servizio, per l'altro verso, le autorizzazioni e i controlli funzionali alla supervisione degli eventi.

Alla trasparenza e alla correttezza della gestione economico-finanziaria dell'ente contribuisce altresì la procedura di valutazione e di selezione dei fornitori: la scelta di un fornitore, il cui profilo non corrisponda ai requisiti tecnici e professionali richiesti dal tipo di prestazione necessaria alla società, potrebbe occultare la necessità di drenare risorse economiche a favore di tale soggetto (o di entità diverse) per scopi non coerenti con la *mission* aziendale. Occorre, di conseguenza, introdurre un protocollo organizzativo volto a formalizzare le procedure di valutazione e di scelta dei fornitori; criteri e modalità per il processo di selezione variano, naturalmente, in funzione del servizio o del bene da acquistare e l'unica metodologia, suscettibile di essere indicata come criterio generale al quale ispirarsi, consiste nell'effettuare una valutazione preliminare delle caratteristiche personali di coloro che erogano il servizio (o vendono il bene), nonché delle referenze personali, attraverso verifiche documentali; alla selezione del fornitore segue la valutazione del servizio o del bene offerto in rapporto alle esigenze specifiche dell'ente. I risultati di tale procedura di qualificazione, che dovrebbe essere gestita da un responsabile di area, confluiscono in amministrazione: la qualifica viene concessa laddove il predetto responsabile ritenga il fornitore adeguato alle esigenze dell'ente; settore e periodo di validità della qualifica devono essere predefiniti (la non utilizzazione della suddetta, per un determinato lasso temporale, ne comporta la sospensione mentre il settore da essa "coperto" non può essere più ampio rispetto a quello apprezzato in fase di selezione); l'inadeguatezza del fornitore per carenze gravi comporta il rifiuto della qualifica (identico risultato negativo consegue al caso di carenze lievi del fornitore non rimediate o non colmate in funzione dei parametri indicati dall'ente); monitoraggio e verifica periodica della sussistenza dei requisiti di qualificazione sono attività di competenza del responsabile dell'area interessata agli acquisti.

Anche per l'assunzione del personale dipendente (e per la scelta dei collaboratori) dell'ente è necessario — sempre allo scopo di assicurare la trasparenza della relativa procedura — formalizzare alcuni passaggi obbligatori: la redazione di un documento che tratteggia i bisogni aziendali alla ricerca del profilo richiesto — *in primis* — nella

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

banca dati della società; dalla individuazione dei candidati al posto (con priorità accordata a quelli i cui nomi siano presenti nella banca dati interna) allo svolgimento di (almeno) due diversi colloqui di selezione (effettuati, separatamente, dal responsabile di area da cui dipenderà il neoassunto e da un soggetto in posizione gerarchica superiore al primo; per l'assunzione di un dirigente, uno dei colloqui va condotto da una figura apicale quale, ad esempio, il direttore generale); dalla redazione di una scheda valutativa di sintesi tra *curriculum* del candidato ed esito dei colloqui al completamento della medesima con l'indicazione dell'epilogo della procedura di valutazione e la motivazione della decisione adottata.

I poteri decisionali e di firma devono essere ripartiti in coerenza con predefinite responsabilità organizzative e gestionali (in ossequio allo statuto che profila i poteri attribuiti ai singoli organi sociali); impossibilità di ricondurre poteri illimitati in capo allo stesso soggetto (nessuno può gestire in autonomia un intero processo decisionale) e ripartizione dei poteri dei diversi organi, secondo un assetto trasparente e conoscibile, costituiscono i principi di fondo ai quali deve ispirarsi il modello organizzativo ed i relativi protocolli di attuazione. Le molteplici strutture organizzative dell'ente riflettono le sue strategie e la tipologia dei suoi affari: al loro variare, « muterà non solo la struttura organizzativa ma, conseguentemente, anche la struttura delle deleghe espresse al suo interno e delle responsabilità attribuite a ogni sua funzione » (Rubboli-Bramieri-Bagaglia-Bogliacino); a seconda che la struttura sia di tipo funzionale, funzionale con specializzazioni, per divisioni o a matrice cambieranno — dunque — le ripartizioni dei poteri decisionali e di firma.

L'utilizzo del denaro contante va consentito solamente entro determinati limiti quantitativi: questa regola — v. però le disposizioni legislative, inerenti alla tracciabilità dei pagamenti, che hanno fissato una soglia di 4999,99 euro all'utilizzo di denaro contante (l. 29 dicembre 2022 n. 197, c.d. "legge di bilancio 2023") — è intesa sia a garantire la necessaria trasparenza delle transazioni finanziarie sia a conferire concretezza ai principi generali secondo i quali ogni operazione deve essere documentata, verificabile, coerente e congrua rispetto alla *mission* dell'impresa.

Particolare attenzione, infine, va prestata nella scelta di coloro che svolgono funzioni di rappresentanza della persona giuridica. La selezione dei soggetti ai quali attribuire incarichi che comportano lo svolgimento di attività idonee a rappresentare all'esterno l'ente — o a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

manifestarne la volontà e gli interessi — deve rispettare il requisito della onorabilità dei medesimi. Incompatibili con i suddetti incarichi dovranno essere quindi considerati — per esempio — coloro che sono sottoposti ad indagine preliminare, imputati, o condannati per uno dei reati-presupposto previsti dagli artt. 24 ss. oppure che sono stati condannati, con sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo, alla pena della reclusione non inferiore ad un anno. La sussistenza dei requisiti di onorabilità è accertata dall'organo statutario competente a nominare i soggetti muniti di poteri di rappresentanza. Il venir meno dei suddetti requisiti — ovvero il compimento di atti in contrasto con le previsioni del modello organizzativo da parte di un soggetto che ricopre un incarico di rappresentanza — va segnalato all'organo che ha proceduto alla nomina, ai fini della pronuncia della decadenza dalle cariche e, eventualmente, della promozione del procedimento disciplinare.

10. Il codice etico.

A fianco del modello organizzativo si rinviene spesso, nelle realtà aziendali più complesse, un codice etico (v., *supra*, § 5). Il d.lgs. n. 231 del 2001 non fa riferimento ai codici etici che, pertanto, sono sprovvisti di efficacia esimente in rapporto alla responsabilità da reato dell'ente; essi potrebbero pertanto essere paragonati a un insieme di principi fondamentali della singola azienda, una sorta di premessa generale al modello di organizzazione e di gestione (ove — beninteso — sia stato adottato). E la giurisprudenza ha confermato — sin dalla prima ora — che il codice etico, a causa della genericità dei suoi contenuti e delle relative direttive, non può certo surrogare il modello di organizzazione e di gestione (G.i.p. Trib. Milano 27 aprile 2004).

I contenuti minimi del codice etico muovono da premesse tanto condivisibili quanto vaghe, per poi enucleare direttive di massima relative alle operazioni e alle transazioni, nonché ai rapporti con gli interlocutori dell'azienda (*in primis*, la pubblica amministrazione e i pubblici dipendenti). Così, è facile imbattersi nella regola per la quale non è consentito offrire doni « né in denaro né in natura a dirigenti, funzionari o dipendenti della Pubblica Amministrazione o a loro famigliari e/o parenti, sia di nazionalità italiana che estera, salvo che si tratti di doni o utilità di 'modico valore' (è consigliabile che ogni Ente definisca un valore massimo da considerarsi 'modico valore'). Al fine di poter meglio controllare il flusso di tali elargizioni è utile per l'azienda

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

fare in modo che l'acquisto degli omaggi venga accentrato presso un servizio centrale (es.: ufficio acquisti). È altresì opportuno garantire la rintracciabilità degli omaggi, predisponendo e poi conservando copia della documentazione rilevante (es.: documento di trasporto) »; è inoltre proibito 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 ».

Per quanto concerne — sempre esemplificando — i rapporti che un'azienda farmaceutica intrattiene con i medici dipendenti del servizio pubblico, si reputa opportuno che « l'Ente predisponga un'apposita procedura, conforme alla normativa vigente, che consenta di verificare che la scelta di sostenere eventuali spese a carico dell'Ente per l'iscrizione e/o partecipazione di operatori sanitari [...] a congressi e simposi, sia attuata in ottemperanza ad una procedura standard predefinita i cui tratti fondamentali sono [...]: — l'Ente predispone ed invia una comunicazione informativa alla Pubblica Amministrazione [...], manifestando la propria disponibilità a sostenere le spese relative all'iscrizione e/o partecipazione ad un determinato evento congressuale di un operatore sanitario; — una volta individuato l'operatore sanitario, l'Ente opererà in modo tale da verificare che la sua partecipazione avvenga secondo procedure corrette e verificabili ».

Con specifico riferimento alle trattative d'affari, alle richieste o rapporti commerciali con la pubblica amministrazione « non devono essere intraprese (direttamente o indirettamente) le seguenti azioni: — prendere in considerazione 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 che non siano di modico valore; — sollecitare o ottenere informazioni riservate al di là di quanto consentito dalla legge ».

Si richiama — infine — il rispetto delle norme « di carattere cogente o deontologico » intese a proibire « l'assunzione, alle dipendenze dell'Ente, di ex impiegati della Pubblica Amministrazione (e loro parenti), che abbiano partecipato personalmente ed attivamente a trattative d'affari, o all'avallo di richieste effettuate dall'Ente alla Pubblica Amministrazione. Tali divieti dovrebbero essere regolamentati in termini temporali » (gli esempi qui citati sono tutti desunti dalle Linee Guida Assobiomedica).

Come si può desumere da quanto esposto, i contenuti precettivi dei codici etici talvolta echeggiano quelli dei modelli organizzativi; a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

differenza dei codici etici, i secondi sono però efficaci e cogenti: caratteristiche garantite dalla adozione di specifici protocolli, volti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente, in rapporto ai reati da prevenire. Non è quindi un caso che autorevole dottrina commercialistica abbia espresso radicali critiche circa l'effettiva utilità dei codici etici (G. ROSSI).

11. Il sistema disciplinare.

Un modello di organizzazione idoneo ed efficace non può prescindere da un sistema disciplinare, inteso a sanzionare le condotte che violano le prescrizioni indicate nel modello stesso (art. 6 comma 2 lett. *e*). Nell'ambito dell'impresa « taluni comportamenti illeciti — ma non sanzionati penalmente o in via amministrativa — o meramente irregolari potrebbero costituire le fasi preparatorie » (SFAMENI) di uno dei fatti di reato di cui agli artt. 24 ss. o rivelarsi ad essi funzionali. Il modello organizzativo, nel suo regolare funzionamento, scandisce e traccia i flussi dell'attività aziendale, mentre il monitoraggio del *compliance program* è delegato all'organo di vigilanza: in questa proiezione finalistica, il sistema disciplinare è, per propria natura, deputato a reprimere condotte che sono spesso prodromiche alla commissione di un illecito ma che non costituiscono, necessariamente, fatti penalmente rilevanti; comportamenti che, in ogni caso, possono compromettere il ruolo di prevenzione del modello. È in tale modo delineata la propensione di un congegno chiamato ad operare — in prima battuta — in una logica precauzionale ed in fase *ante delictum* e, successivamente, in termini di repressione dell'illecito; senza dimenticare che quest'ultimo è comunque sanzionato da autonome fattispecie penali, contemplate per la persona fisica e per quella giuridica.

Ogni sistema disciplinare si articola in infrazioni e in sanzioni. Pertanto, occorre tipizzare, nei limiti del possibile, un novero di infrazioni — delle figure apicali e di quelle subordinate — e, in via speculare, un catalogo di sanzioni che risultino conformi alle norme giuslavoristiche in materia. L'apparato disciplinare — che è incluso nella "parte generale" del modello organizzativo — dovrà, in sintesi, obbedire a una serie di esigenze:

a) rispettare le disposizioni di cui all'art. 7 (e 18) della l. 20 maggio 1970 n. 300 (lo Statuto dei lavoratori), le norme del codice civile in materia di mansioni, sanzioni disciplinari, recesso (per esempio: artt.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2103, 2106, 2118 e 2119 c.c.), le norme dei contratti collettivi nazionali di settore (Cass. sez. lav., 14 dicembre 2023, n. 3883);

b) prevedere, con chiarezza e coerenza, le infrazioni al modello e le corrispettive sanzioni;

c) portare a conoscenza di tutti i dipendenti dell'azienda, con canali e strumenti idonei, i contenuti dell'apparato medesimo;

d) individuare l'organo competente a irrogare le sanzioni (generalmente, esso è riconducile al consiglio di amministrazione o, per i casi meno gravi, al direttore generale);

e) garantire all'incolpato di una infrazione un adeguato contraddittorio (Corte cost., sent. n. 220 del 1995), con possibilità — se lavoratore subordinato — di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale interna;

f) motivare i provvedimenti adottati.

Tra le violazioni — commissive o omissive — del modello di organizzazione e di gestione sono da annoverare anche quelle nei confronti della normativa aziendale cui il modello stesso rimanda (per esempio, il codice etico, i regolamenti interni, le *policy*). In particolare, va sanzionata l'inosservanza degli obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza (art. 6 comma 2 lett. *d*; v. G.i.p. Trib. Napoli 26 giugno 2007). Anche l'omesso controllo da parte dei soggetti incaricati di funzioni di sorveglianza costituisce un'infrazione di natura disciplinare. Come già illustrato (v., *supra*, § 6), il d.lgs. 10 marzo 2023 n. 24, in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità, ha previsto che i modelli organizzativi contemplino, nel sistema disciplinare (v. comma 2-*bis* dell'art. 6), apposite sanzioni nei confronti di coloro che hanno attuato ritorsioni, oppure ostacolato la segnalazione del *whistleblower*, o, ancora, non hanno istituito adeguati canali di segnalazione o hanno violato l'obbligo di riservatezza.

Sanzioni devono essere previste anche a carico del segnalante, qualora si sia reso responsabile dei reati di diffamazione o calunnia (o ne sia stata accertata la responsabilità civile nei casi di dolo o colpa grave). Violazioni dei presidi di tutela del segnalante e segnalazioni infondate sono fatti il cui accertamento è rimesso all'organismo di vigilanza, naturale destinatario dei flussi informativi al riguardo; constatata la sussistenza dei predetti, la funzione di controllo li sottoporrà all'organo di disciplina per le opportune iniziative.

Destinatari del regime disciplinare sono tutti i soggetti elencati nell'art. 5 comma 1 lett. *a* e *b* (figure di vertice e subordinati). Ad essi si aggiungono — sul presupposto che si siano espressamente impegnati

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

a rispettare le prescrizioni del modello — i lavoratori autonomi e altri soggetti terzi che collaborano, da esterni, con l'azienda (trattasi di una problematica delicata, da approfondire in sede specialistica: si pensi, ad esempio, al rapporto che lega gli informatori medico-scientifici all'industria farmaceutica).

Le sanzioni devono essere conformi al principio di proporzionalità, ovvero risultare graduate in rapporto alla gravità del fatto che costituisce l'infrazione disciplinare: ciò vale sia in sede di previsione astratta, sia in fase di applicazione concreta (G.i.p. Trib. Bari 18 aprile 2005). A titolo di esempio, la sanzione va calibrata in funzione della intenzionalità del comportamento del suo autore, del grado di responsabilità e autonomia di quest'ultimo all'interno della gerarchia aziendale, delle conseguenze della violazione in rapporto al rischio di reato cui la società è stata esposta, dei precedenti disciplinari dell'incolpato. La tipologia delle sanzioni, ritagliata su quella contemplata dalla contrattazione collettiva, è facilmente individuabile per quanto concerne i lavoratori subordinati mentre lo è assai meno per i soggetti apicali (v. § seg.). Con riguardo ai primi, le sanzioni generalmente previste sono il rimprovero verbale, quello scritto, la sospensione dal servizio e dal trattamento economico per non più di otto (o dieci giorni), il licenziamento per giustificato motivo e quello per giusta causa.

Il procedimento disciplinare è piuttosto amorfo. In via generale, è istruito dal consiglio di amministrazione (o dal direttore generale), competente a irrogare la sanzione, su segnalazione dell'organismo di vigilanza — laddove questo sia venuto a conoscenza di violazioni del modello — o delle funzioni aziendali coinvolte. Se l'incolpato è un amministratore, il consiglio provvede — con l'astensione del medesimo — ad adottare gli opportuni provvedimenti (v. § seg.) i quali, se sfociano in una revoca, devono essere deliberati dall'assemblea dei soci. Analogo il percorso per le violazioni commesse dai sindaci: il consiglio di amministrazione, compiuti gli accertamenti necessari, convoca l'assemblea per la revoca del sindaco (per i casi più gravi) o provvede direttamente a infliggere la sanzione.

12. (*Segue*): le infrazioni degli apici e le sanzioni disciplinari.

Come si è anticipato, la configurazione di un regime disciplinare deve rispondere ad alcuni precisi criteri: la previa individuazione delle infrazioni disciplinari; la specificazione che queste possono dare luogo a predeterminate sanzioni; la designazione di un organo competente ad

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

irrogarle; un procedimento di accertamento rispettoso delle garanzie del contraddittorio e dell'obbligo di motivazione del provvedimento adottato. Alla luce del rapporto di immedesimazione tra gestione dell'impresa, per sua natura intrisa di discrezionalità, e *management* (amministratori) aziendale, appare tuttavia difficilmente ipotizzabile — oltre che poco realistico — un regime disciplinare, idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, sagomato su un paradigma di stretta tipicità delle infrazioni. Il rapporto di fiducia che lega l'azienda ai suoi amministratori e alti dirigenti è l'indice più schietto della latitudine operativa di chi è incaricato della gestione. Pertanto, l'individuazione delle condotte che violano le prescrizioni del modello non potrà non scontare una certa genericità; improntata — si è detto — a un criterio di proporzionalità, la precisazione delle violazioni si articolerà da un *minus* (per esempio, lieve inosservanza di procedure interne oppure omessa segnalazione di irregolarità commesse da altri appartenenti al personale aziendale), per arrivare a comportamenti analoghi la cui reiterazione nel tempo sia sintomo di una maggiore gravità della violazione (una sorta di condotta recidivante), fino a toccare un *maius*, identificato da azioni in grado di esporre l'azienda a situazioni di rischio o, in ultima analisi, all'applicazione delle misure cautelari o sanzionatorie previste dalla legge. Una condotta suscettibile di rientrare nell'alveo della tipicità è quella della violazione degli obblighi di informazione a cui i soggetti apicali sono tenuti nei confronti dell'organismo di vigilanza (art. 6 comma 2 lett. *d*): resta da stabilire il contenuto esatto dei suddetti obblighi e, per individuarlo (come per le altre ipotesi appena citate), bisognerà fare riferimento ai protocolli « diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire » (comma 2 lett. *b*).

Vi è poi da approfondire la natura dei provvedimenti disciplinari adottabili dall'azienda contro i propri soggetti apicali: l'interrogativo è se siano configurabili sanzioni solo risolutive o anche conservative del rapporto di lavoro; è infatti avvertita la difficoltà di ricorrere al paradigma di un sistema disciplinare tradizionalmente concepito per il rapporto di lavoro subordinato.

Per la posizione degli *amministratori* la questione principale riguarda la comminatoria di sanzioni "atipiche" (SANTI), caratterizzate da uno spettro afflittivo sufficientemente ampio da soddisfare i requisiti della proporzionalità e adeguatezza. Una volta adombrata la possibilità di prevederle nello statuto, la dottrina ha indicato, da un lato, « mec-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

canismi *automatici* di *decadenza* dalla carica sociale al sopravvenire di una causa che incida sui requisiti di onorabilità e professionalità [...] collegati anche a comportamenti non conformi al modello » e, dall'altro, « meccanismi *automatici* di *sospensione* dalla carica per un determinato periodo » (SFAMENI); per il settore bancario, sono stati prospettati analoghi strumenti di tenore sospensivo applicabili — previa delibera del consiglio di amministrazione — in occasione di determinati provvedimenti (cautelari o di merito) di natura penale (CABRAS). Dunque, un novero sanzionatorio catalizzato su provvedimenti estremi (decadenza, sospensione) che, più o meno direttamente, figliano dalla misura afflittiva più grave: la revoca.

Per quanto concerne i *direttori*, il tentativo di delineare un coerente sistema disciplinare non sembra meno problematico: come è stato fatto notare, « la prevalente giurisprudenza è attualmente orientata nel senso di ritenerli essenzialmente refrattari a qualsiasi forma di responsabilità e procedimento disciplinare, in ragione della 'specialità' del rapporto di lavoro dirigenziale (apicale) » (ANTONETTO). Emerge, anche in quest'ambito, l'oggettiva difficoltà di coniugare il peculiare rapporto di lavoro del *management* aziendale con sanzioni disciplinari diverse dal licenziamento.

Questo assetto sembra trovare riscontro nei modelli organizzativi in concreto adottati dagli enti, che oscillano, con riguardo alle sanzioni applicabili agli "apici", tra il rimprovero (verbale o scritto) e il polo opposto della risoluzione del rapporto, ovvero il licenziamento per giustificato motivo o per giusta causa. Le sanzioni ammonitive postulano inosservanze delle procedure interne contemplate dal modello organizzativo oppure tolleranza o omessa segnalazione di irregolarità commesse da altri appartenenti al personale dell'ente: il rimprovero verbale è inteso a stigmatizzare le violazioni episodiche di carattere lieve, quello in forma scritta infrazioni di analoga natura ma reiterate nel tempo. Il licenziamento « per giustificato motivo » è invece destinato a sanzionare violazioni di accentuata rilevanza, dalla inosservanza di procedure interne previste dal modello — oppure omessa segnalazione o tolleranza di gravi irregolarità commesse dal personale — fino ad arrivare alla infrazione di prescrizioni del *compliance program* attraverso atti diretti al compimento di uno dei reati-presupposto. Infine, la risoluzione unilaterale del rapporto « per giusta causa » punisce il comportamento del *manager* che, violando le prescrizioni del modello, conduca all'applicazione, a carico dell'ente, delle misure sanzionatorie annoverate dal decreto del 2001; trattasi di mancanze

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

suscettibili di incrinare irrimediabilmente la fiducia sulla quale è basato il rapporto di lavoro.

Rientra in questo quadro l'istituto della sospensione temporanea — tipico del sistema bancario — previsto, in sede primaria, dagli artt. 26 comma 3 lett. *f* e 110 comma 1-*bis* t.u.b., e, in sede secondaria, da alcuni regolamenti ministeriali, tra i quali il d.m. (all'epoca, del « ministro del tesoro ») 18 marzo 1998 n. 161. Le fattispecie in oggetto individuano alcune cause di sospensione dalle funzioni di amministratore, sindaco e direttore generale ancorandole a provvedimenti di natura penale adottati nei confronti di questi ultimi (condanna con sentenza non definitiva o applicazione della pena su richiesta delle parti per delitti in materia societaria e fallimentari, applicazione provvisoria di una misura di prevenzione "antimafia", applicazione di una misura cautelare personale). Il consiglio di amministrazione (o quello di gestione nel sistema dualistico) è l'organo competente a « dichiarare » la sospensione e a fare iscrivere l'eventuale revoca dei soggetti tra le materie da trattare nella prima assemblea successiva al verificarsi di una delle cause di sospensione sopra citate. La sospensione si configura dunque come un provvedimento destinato ad essere applicato dagli organi societari in una fase successiva al compimento di un reato e all'applicazione di provvedimenti penali, ancorché non definitivi, in capo al suo (presunto) autore. Alla luce dei presupposti che lo legittimano, del ruolo ancillare nei confronti dei provvedimenti del giudice penale e delle sue conseguenze sulla composizione dei vertici aziendali, l'istituto in questione non sembra applicabile, in via analogica, al settore delle sanzioni disciplinari per il *management* (Bernasconi-Beghé).

La disamina fin qui condotta evidenzia la difficoltà di conciliare l'istituzione di un sistema disciplinare per le figure di vertice con il peculiare rapporto di lavoro che le lega alla proprietà dell'azienda. Peraltro, la polarizzazione dell'apparato sanzionatorio — per amministratori e dirigenti — tra misure del tutto anodine (il rimprovero), da un lato, e soluzioni di inflessibile rigore (il licenziamento), dall'altro, appare esaltata dal confronto con lo spettro degli strumenti repressivi contemplati, nella prassi applicativa, per « i soggetti sottoposti all'altrui direzione » (*ex* art. 7 comma 4 lett. *b*); accanto alle "tradizionali" sanzioni della ammonizione, della multa e del licenziamento, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione (per un periodo massimo di otto-dieci giorni lavorativi) costituisce il mezzo per reprimere le reiterate — ma non particolarmente gravi — violazioni delle disposizioni

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del modello da parte del lavoratore dipendente; il catalogo sanzionatorio ne risulta così arricchito, soprattutto in quella prospettiva di gradualità e proporzionalità del rapporto tra infrazione e punizione che, ad oggi, risulta del tutto sconosciuta nella configurazione dei sistemi disciplinari per "apicali". Di conseguenza, è necessario individuare nuove sanzioni conservative — rispetto a quelle esaminate — idonee a colpire le infrazioni del modello organizzativo compiute da amministratori e alti dirigenti: a suo tempo fu adombrata l'opzione di introdurre una sorta di "pena pecuniaria" consistente nel congelamento o nella riduzione delle *stock option* (o di altre forme di emolumenti premiali) conferite ai vertici aziendali (BERNASCONI-BEGHÉ); più di recente, la giurisprudenza di merito ha caldeggiato il ricorso a « decurtazioni [...] che incidano sulla parte variabile della retribuzione, così da scoraggiare pratiche o comportamenti non conformi alle disposizioni contenute nei protocolli operativi » (Trib. Milano, 25 gennaio 2024, n. 1070).

13. La formazione del personale.

Benché non esplicitamente contemplata dal d.lgs. n. 231 del 2001, la formazione del personale aziendale, in ordine al contenuto e alle modalità operative del modello di organizzazione e di gestione, costituisce un requisito indispensabile per l'efficace attuazione di quest'ultimo. La concreta applicazione dei protocolli "anti reato" richiede infatti che i soggetti coinvolti siano pienamente consapevoli degli scopi e delle procedure che connotano i suddetti.

La corretta comunicazione dei contenuti del *compliance program* è la premessa per il suo regolare funzionamento; di conseguenza, l'adozione (così come l'aggiornamento) del modello deve essere portata a conoscenza dei suoi destinatari da parte dei vertici della società — cioè coloro ai quali compete la scelta di adempiere alle prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2001 — curando che di tale informativa, e del suo recepimento, resti prova tangibile.

Quanto alla formazione, occorre richiamare alcuni principi fondamentali quali:

a) la pianificazione, che richiede — in funzione della complessità dell'azienda — un programma periodico dell'attività formativa;

b) la continuità, poiché se il modello è un *continuum* applicativo, analoga impronta deve connaturare la preparazione di chi è chiamato a gestirlo; essa non può pertanto essere episodica; e tale aspetto risulta

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

vieppiù apprezzabile in occasione dell'aggiornamento del modello stesso;

c) l'obbligatorietà, in ragione della quale nessun dipendente può sottrarsi all'offerta formativa; corollario di questo principio è la previsione del suddetto obbligo a livello disciplinare;

d) la tracciabilità, in quanto i riscontri dell'attività in parola ne attestano l'effettività (sia dello svolgimento sia della partecipazione dei fruitori) e, in ultima analisi, il fatto che l'azienda cura la "buona applicazione" del modello organizzativo.

Contenuti e modalità di somministrazione vanno differenziati in rapporto alle categorie di soggetti coinvolti: apicali, personale dipendente di aree a rischio di reato, personale dipendente "generico". Con particolare riferimento ai primi — alla luce del fatto che nell'area di vertice germinano alti rischi di commissione dei delitti suscettibili di ancorare la responsabilità dell'ente — la formazione dovrebbe scommettere su uno spiccato livello di qualità, cioè puntare all'arricchimento specifico rispetto ai profili critici delle decisioni da adottare; di conseguenza, le modalità di apprendimento devono essere funzionali all'obiettivo di approfondimento perseguito; per cercare di apportare questo *valore aggiunto* una modalità è quella di agevolare l'apprendimento attraverso la proposizione di uno schema di lavoro — imperniato sull'analisi di casi concreti — analogo a quello dell'esperienza sul campo, e di affinare la capacità di associare le tematiche di ordine generale alle specificità delle situazioni da affrontare; il tutto dovrebbe imperniarsi sui *cases* (giurisprudenziali) suscettibili di fornire spunti (di prevenzione del rischio) per la "pratica quotidiana".

Il numero di ore di formazione riservato ai dipendenti, al personale con responsabilità di aree a rischio e agli apicali dovrebbe essere a sua volta graduato; all'aumento dell'esposizione al rischio deve corrispondere una somministrazione di formazione diversa non solo per metodologia (autoapprendimento tramite piattaforme *on line*, lezione frontale classica, scenario d'aula su *cases*) ma anche per quantità.

Va inoltre richiamata la necessità dell'aggiornamento dei contenuti formativi erogati in precedenza dall'azienda, programmando i medesimi sia in funzione del decorso del tempo dall'ultima attività svolta, sia in rapporto ai cambiamenti (organizzativi interni, legislativi) sopravvenuti. Non sfugga l'importanza di ciò nei contesti produttivi nei quali i cambiamenti tecnologici influenzano prepotentemente tanto i rischi quanto la loro prevenzione (per esempio, sicurezza sul lavoro e tutela dell'ambiente nell'industria, riciclaggio nei settori bancario e dell'inter-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mediazione finanziaria; sottolineano l'importanza della formazione del personale con riguardo alla sicurezza sui luoghi di lavoro, Cass. 19 ottobre 2022, n. 39489; Id. 3 agosto 2021, n. 30231; Id. 22 gennaio 2020, n. 13575).

Quanto — infine — al ruolo dell'organismo di vigilanza in materia, è indubitabile che la conoscenza e la condivisione dei piani, dei contenuti e degli esiti dell'attività di formazione (oltre che di eventuali profili disciplinari circa mancate adesioni) costituiscano altrettante premesse del suo corretto operare. Esso si deve coordinare con il vertice aziendale per predisporre l'attività formativa. Non solo: in coerenza con la funzione dell'organo di controllo, si ritiene — visti i requisiti contemplati dall'art. 6 commi 1 lett. *b* e *d* e 2 lett. *d* — che la vigilanza sul modello e la cura del suo aggiornamento possano estrinsecarsi (anche) in un ruolo propositivo circa la formazione.

14. Il modello organizzativo nel gruppo di imprese (cenni).

La presenza di una strutturazione societaria di gruppo ed il perseguimento di interessi riferibili all'aggregato suddetto non fa venire meno l'onere della singola impresa (controllata o collegata) di dotarsi di un autonomo sistema di prevenzione del rischio di reato; di conseguenza, spetta a ciascuna entità produttiva adottare un modello di organizzazione e di gestione ritagliato sulle proprie peculiarità (v., *supra*, cap. V, § 7): il modello della capogruppo non può pertanto surrogare quello delle singole componenti (e lo stesso vale per quanto concerne l'istituzione e l'attività dell'organismo di vigilanza: v., *infra*, cap. VIII, § 9). Del resto, se è indubitabile che nei gruppi di società il ruolo assunto dalla *holding* è sempre più marcatamente quello di una "fornitura" di servizi accentrati — destinati alle controllate — tra i quali rientra, a pieno titolo, l'attività funzionale agli obiettivi di *compliance*, non meno vera e sentita appare la necessità di adeguare i modelli organizzativi e di gestione alle peculiarità delle singole componenti del gruppo. Infatti, prerogativa della controllante è quella di apprestare una sorta di cornice del modello organizzativo di gruppo, il quale dovrà però poi essere adattato e plasmato sulle peculiari rischiosità della singola controllata.

Semmai, il perseguimento di un disegno di governo accentrato può propiziare il ricorso a soluzioni orientate a semplificazioni organizzative ed operative nonché a un contenimento dei costi per redigere il modello organizzativo. Così, l'adozione di un modello (e l'istituzione di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

un organismo di vigilanza) presso la società madre facilita indubbiamente la mutuazione, da parte delle controllate, di omologhe strutture di gestione (e di controllo). I *planning* devono essere però adattati alle necessità di prevenire le *specifiche* e *peculiari* forme di manifestazione dei rischi di reato che si presentano nell'*una* (e non nell'*altra*) società del gruppo. A motivo di ciò il modello organizzativo non può essere "calato" dal vertice (la *holding*) alla periferia (la singola controllata). Per la stessa ragione, è da ritenersi corriva la prassi — invalsa in taluni gruppi — di predisporre, per opera della controllante, un certo numero di *protocolli "universali"* che le singole controllate della galassia societaria successivamente richiamano, con forma e contenuto *identici*, come "proprio" modello organizzativo; il risparmio dei costi così realizzato — "*n*" protocolli da applicare transitivamente in "*n*" realtà — innalza infatti il rischio, per l'ente-imputato, di non riuscire a provare l'esimente (*ex* art. 6) nel processo penale.

Ove poi si tratti di gruppi — con sede principale in Italia — che operano all'estero (cfr. art. 4), le difficoltà di predisporre idonei ed efficaci *planning* vanno di pari passo con le criticità da prevenire: dai numerosi reati-presupposto alle diversificate modalità di commissione dei medesimi (connesse ad una gestione organizzativa estremamente articolata e geograficamente delocalizzata), dalla moltiplicazione delle aree a rischio (e del numero dei dirigenti responsabili di esse) alla problematica mappatura dei processi sensibili delle diverse società del gruppo. Ad un alto livello di complessità e di diversificazione organizzativa corrisponde un'amplificazione dei rischi di reato; al tempo stesso, la suddetta complessità richiede una forte integrazione — nell'ambito del gruppo — dell'attività preventiva (Bastia). La dottrina aziendalistica ha suggerito il percorso per la costruzione dei modelli organizzativi nei gruppi internazionali. In estrema sintesi, la "base" di tali *planning* dovrebbe essere rappresentata dai controlli di linea *di primo livello*, condotti direttamente dal *management* (sui processi di sua competenza), i cui esiti devono confluire in un sistema informativo che garantisca idonei flussi di conoscenza — sulle aree a rischio di reato — all'interno del gruppo. In secondo luogo viene enfatizzata l'importanza dei codici etici di gruppo — nell'ottica di prevenire i reati transnazionali (v. l. n. 146 del 2006) — i quali dovrebbero uniformare gli omologhi codici delle singole compagini del gruppo (ma sull'efficacia preventiva di tali "carte di princìpi" è lecito nutrire seri dubbi: v., *supra*, § 10). Infine, il cuore del modello si identifica con i « *protocolli di gruppo transnazionali* » (Id.) che dovrebbero integrare ed armoniz-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zare i protocolli delle singole società con quelli della capogruppo: in questa dimensione viene così esaltato il ruolo di coordinamento della controllante (che si estrinsecherebbe, per esempio, nell'attività di direzione e controllo nonché di assistenza a favore delle controllate, nella formazione del personale del gruppo, nella predisposizione di un sistema di riferimenti del personale — delle singole società — nei riguardi delle funzioni centralizzate presso la capogruppo, nel coordinamento degli organismi di vigilanza delle controllate).

Come si può notare, trattasi di elaborazioni teoriche, i cui esiti organizzativi e preventivi vanno saggiati sul concreto (per quanto ultimo) banco di prova del processo penale *contra societatem*.

15. Il modello organizzativo negli enti di piccole dimensioni (cenni).

Occorre ora interrogarsi sulla fisionomia che un modello organizzativo e di gestione dovrebbe assumere in rapporto alle necessità, alla struttura e alle risorse di una piccola impresa, ovvero la realtà produttiva più diffusa nel nostro Paese. L'analisi in materia sconta due lacune di partenza: l'una riguarda la mancanza di una condivisa definizione di ente « di piccole dimensioni », l'altra è di natura normativa, in quanto l'art. 6 comma 4 si limita a prevedere una centralizzazione dei compiti di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello, i quali possono essere svolti — nella realtà che qui interessa — direttamente dall'organo dirigente. Dunque, l'identificazione del concetto di piccola impresa attiene esclusivamente — nell'ottica del d.lgs. n. 231 del 2001 — alla possibilità di snellire la funzione di controllo interno (art. 6 comma 4); ma ciò non toglie che ragioni di senso comune militino a favore di un rapporto di proporzionalità diretta tra struttura dell'ente e complessità del modello. Ebbene, l'unico faro che può guidare l'interprete nell'identificazione della « piccola » impresa pare — a oggi — quello della *semplicità dell'organizzazione interna*; se l'obiettivo da perseguire è quello di prefigurare un modello "leggero" — cioè a dire, non troppo oneroso e non paralizzante — per realtà "semplici", l'individuazione di queste ultime non può basarsi sul numero di dipendenti (il fatto che costoro siano relativamente pochi non è sinonimo di una scarsa complessità dell'organizzazione interna) o sull'entità del fatturato (la quale dipende dai beni prodotti e dal relativo mercato). Ne consegue che è solo a un'impresa *strutturata in maniera "elementare"* e *snella* che può corrispondere un modello organizzativo più *light* e meno intriso di procedure. Fermo restando un dato ineludibile:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

poiché la sua funzione è prevenire i reati, la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente dovranno comunque essere efficacemente « programmate » grazie a « specifici protocolli » (*ex* art. 6 comma 2 lett. *b*). Semplicità non può essere sinonimo di anomia organizzativa. Al tempo stesso, non si può comunque prescindere da un approccio ispirato a un sano realismo: le imprese « a struttura elementare e con vertice aziendale contiguo alla base operativa hanno un'articolazione interna così snella e semplificata da non permettere, il più delle volte, alcuna segregazione di poteri, ruoli e funzioni, anche solo minimamente accennata » (MONGILLO).

È innegabile, infine, che negli enti di minori dimensioni il rischio della dissociazione tra la volontà della persona fisica (l'autore del reato-presupposto) e le decisioni dell'ente cui questa fa capo sia meno frequente rispetto agli enti a struttura complessa. Nei primi, infatti, « la compenetrazione tra l'ente ed il soggetto persona fisica (spesso lo stesso imprenditore) è così forte, che diventa più difficile, ma tuttavia non impossibile, escludere la volontà dell'ente quando si verifichino i reati considerati » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA).

Difficile, dunque, trovare un punto di equilibrio tra la realtà della piccola impresa e le esigenze di *compliance* organizzativa "anti reato" (PIERGALLINI). Occorre appurare se sia prefigurabile — quantomeno astrattamente — un modello organizzativo ritagliato sulla (presunta) ridotta complessità della piccola impresa. La riflessione postula un doppio ordine di premesse; *in primis*, occorre ricordare che tanto la legge quanto la prassi applicativa lasciano ampi spazi ad una costruzione del modello adattata alle specificità della singola realtà produttiva interessata; in secondo luogo che non esiste — come anticipato — "*il*" modello tipo, in chiave esimente, valido per la grande, la media, la piccola impresa: di conseguenza, non sono prospettabili soluzioni standardizzate per l'ente di dimensioni minori.

L'obiettivo di metodo resta quello di tratteggiare il profilo di un modello "elementare", funzionale alle istanze di alleggerimento organizzativo tipiche dell'impresa di minori dimensioni, in grado di coniugare la mappatura del rischio, la redazione dei protocolli, la costruzione del sistema disciplinare, la costituzione (e composizione) dell'organismo di vigilanza con le necessità del caso concreto (cfr. MONGILLO). Muovendo dalla valutazione del rischio, viene in evidenza che il ridotto numero di funzioni (e processi) e degli esponenti aziendali a questi preposti non esige un *self assessment* particolarmente dispendioso e penetrante. In particolare, i rischi di reato riscontrabili riguarderanno

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(fatte sempre salve le peculiarità della singola azienda) con maggiore frequenza statistica la violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*), talune fattispecie di reati societari (art. 25-*ter*), l'indebita percezione di erogazioni pubbliche e la corruzione laddove l'impresa intrattenga rapporti con la pubblica amministrazione (artt. 24 e 25), le falsità in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25-*bis*), taluni illeciti ambientali (art. 25-*undecies*), i reati tributari (art. 25-*quinquiesdecies*) e, in qualche caso, l'impiego di immigrati clandestini (art. 25-*duodecies*).

La successiva redazione dei protocolli di organizzazione e gestione sarà semplificata e non troppo invasiva, in quanto le procedure di ripartizione delle funzioni e dei ruoli (con annesse segregazione dei poteri e tracciabilità informatica delle sequenze decisionali), tipiche delle realtà medio-grandi, risultano notevolmente stemperate a causa della centralizzazione delle decisioni e delle ridotte risorse umane impiegate nel processo produttivo.

Più problematica è la configurazione del sistema disciplinare: la coincidenza tra amministratore e datore di lavoro può determinare la difficoltà — quando non la pratica impossibilità — di applicare la sanzione laddove sia stata riscontrata una violazione del modello organizzativo ad opera del medesimo. Plausibile, invece, la previsione di una sanzione per coloro che, in virtù di una collaborazione esterna con l'azienda, commettano reati nel suo interesse o vantaggio (un obiettivo realizzabile attraverso la previsione di una clausola risolutiva espressa dell'incarico per inadempimento contrattuale: v. art. 1456 c.c.).

Infine, l'unica semplificazione esplicitamente prevista dalla legge, ovvero la possibilità di attribuire i compiti dell'organo di vigilanza a quello dirigente (art. 6 comma 4), è fonte, come si vedrà (v., *infra*, cap. VIII, § 10), di non poche contraddizioni.

16. I codici di comportamento delle associazioni di categoria ("linee guida").

La consuetudine delle associazioni rappresentative degli enti (ad esempio, Confindustria, Abi, Confcommercio, Assobiomedica, Ania) di emanare norme "di indirizzo", rivolte ai propri iscritti, è stata valorizzata dal comma 3 dell'art. 6 il quale stabilisce che esse possono redigere codici di comportamento, altrimenti detti "linee guida", funzionali a supportare l'elaborazione — da parte delle singole realtà societarie associate — dei modelli organizzativi e di gestione; tali codici vanno

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

comunicati al ministero della giustizia che, di concerto con i dicasteri competenti, può muovere rilievi al contenuto dei medesimi o conferire loro efficacia. La *ratio* della previsione è di « promuovere già *dall'interno* delle categorie interessate il rispetto della legge, favorendo in tal modo una *collaborazione* nella lotta contro la criminalità del profitto », e, altresì, di « implementare la formazione di codici tecnicamente strutturati che possano fungere da utile punto di riferimento operativo per i soggetti interessati ». In siffatto quadro, l'inoltro all'autorità ministeriale serve « a formalizzare l'idoneità tecnico-operativa degli stessi (evitando così la proliferazione di codici 'di comodo' o di 'mera facciata') e, nel contempo, assolve ad una importante funzione di orientamento degli enti » (RELAZIONE).

Il ministero della giustizia, una volta ricevuti i codici di comportamento, ha a disposizione trenta giorni per formulare osservazioni sull'idoneità *di questi ultimi* — e non certo dei « modelli », come impropriamente denominati dal comma 3 dell'art. 6 — a fornire le indicazioni specifiche di settore per l'adozione e l'attuazione dei modelli di organizzazione e di gestione (IANNINI-ARMONE).

Le "linee guida" delle associazioni di categoria svolgono dunque un compito di ausilio per gli enti che decidano di dotarsi di un modello organizzativo; esse sono viceversa sprovviste di alcuna valenza surrogatoria nei riguardi di un *compliance program* inesistente o inidoneo; infatti, le disposizioni contenute nei codici di comportamento « disciplinano in modo 'elastico' le modalità di contenimento del rischio-reato » (RELAZIONE): diversamente non potrebbe essere, poiché il modello organizzativo e di gestione va concepito — come noto — per regolare la specificità della singola struttura aziendale. Che le associazioni di categoria abbiano o meno adottato un codice di comportamento destinato ai propri associati, poco cambia sul fronte della discrezionalità di valutazione del giudice che, in ogni caso, sarà libero di verificare l'idoneità e l'efficacia del singolo modello organizzativo, potendo egli rinvenire, nel codice di comportamento della categoria cui l'ente appartiene, un « termine di confronto » e nulla più (RORDORF; G.i.p. Trib. Roma 4 aprile 2003).

Per quanto concerne gli illeciti contemplati dal titolo I-*bis* della parte quinta del t.u.f. (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato), l'art. 187-*quinquies* comma 4 t.u.f. dispone che il ministero acquisisca altresì il parere della Consob circa l'idoneità dei codici comportamentali. Disposizione analoga vale con riferimento ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

provenienza illecita, nonché autoriciclaggio (art. 25-*octies* comma 3 del d.lgs. n. 231 del 2001): in questo caso l'autorità ministeriale formula le osservazioni sulle "linee guida" delle associazioni di categoria « sentito il parere » dell'Uif (l'Unità di informazione finanziaria, incardinata nella Banca d'Italia).

La procedura per la comunicazione, il controllo e l'attribuzione di efficacia dei codici di comportamento è regolata dagli artt. 5, 6 e 7 del d.m. 26 giugno 2003 n. 201. In caso di omessa formulazione delle osservazioni da parte del ministero, vale il principio del silenzio-assenso — *ex* art. 7 comma 3 del cit. d.m. — con conseguente acquisizione di efficacia del codice di comportamento.

17. Il modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro.

Forti sono le analogie tra la disciplina della sicurezza sul lavoro e quella della responsabilità delle persone giuridiche: esse presentano « la medesima struttura e i medesimi problemi » (PULITANÒ). Non a caso, il sistema del d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 — provvedimento abrogato e sostituito dal d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 che (con l'art. 300) ha altresì sostituito l'art. 25-*septies* della normativa del 2001 con una nuova versione — è anch'esso fondato sulla *valutazione del rischio*: « i tratti essenziali dell'adempimento richiesto sono una rilevazione corretta e completa delle situazioni di 'rischio di reato'; la predisposizione di misure, e in particolare di regole di comportamento idonee a fronteggiare i rischi individuati; la capacità di adeguamento delle valutazioni e delle conseguenti misure al mutare delle situazioni ». D'altro canto, è altresì innegabile l'esistenza « di grandi differenze nell'articolazione del sistema »; infatti, in materia di sicurezza sul lavoro, « le misure di *risk management* trovano riferimenti normativi [...] nelle disposizioni di leggi speciali. Per i reati inseriti nel sistema della responsabilità degli enti, un simile apparato di regole cautelari codificate non c'è. Lo sfondo normativo, su cui l'ente ha da costruire i modelli di prevenzione del rischio reato, si restringe alle regole di diligenza prudenza perizia, rilevanti sul piano della c.d. 'colpa generica' » (ID.).

Il d.lgs. n. 81 del 2008 — in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (successivamente modificato, in più parti, da provvedimenti legislativi a tal punto numerosi da renderne inopportuna la rendicontazione in sede manualistica) — ha introdotto, con l'art. 30 (« Modelli di organizzazione e di gestione »), una nuova tipologia di *compliance program* — finalizzati alla prevenzione dei reati di cui all'art. 25-*septies*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del d.lgs. n. 231 del 2001 — che presenta non pochi problemi interpretativi e di coordinamento con l'articolato del 2001.

Una prima e rilevante questione emerge già dal comma 1 dell'art. 30 del cit. d.lgs. il quale, nel riferirsi al modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità *ex crimine* degli enti, utilizza l'espressione « deve essere adottato »; non è chiaro se questa sottenda un obbligo *ex lege*, nei confronti dell'ente, oppure individui, tassativamente, le misure preventive necessarie a conferire portata scriminante al modello medesimo: e l'incertezza presenta ricadute rilevanti nella prospettiva delle scelte e delle valutazioni d'impresa.

Nella prima ipotesi, ci si troverebbe al cospetto di una innovazione radicale in una materia fino ad oggi contrassegnata dal principio della discrezionalità nella adozione degli strumenti di *compliance*. Ed è proprio l'approccio sistematico alla disciplina della responsabilità degli enti a precludere letture volte a introdurre, con specifico e limitato riferimento alla materia antinfortunistica, un — poco coerente — regime di obbligatorietà dei modelli organizzativi (Rossi-Gerino). Peraltro, l'interpretazione letterale del comma 1 dell'art. 30 propende semmai nel senso di una obbligatorietà circoscritta ai soli contenuti di un modello che, per dispiegare effetti scriminanti ed « assicura[re] un sistema aziendale per l'adempimento di [una serie] di obblighi giuridici », deve contenere talune prescrizioni; questa interpretazione è asseverata anche dal comma 6 dell'art. 30 il quale, a scopi di *incentivazione* nei confronti delle imprese, dispone che l'adozione del modello di organizzazione e di gestione, nelle realtà con non più di 50 lavoratori, rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 81 del 2008.

Venendo alle prescrizioni del cit. comma 1, esse sono relative:

a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori afferenti a quest'ultima;

d) alla sorveglianza sanitaria;

e) alla informazione e formazione dei lavoratori;

f) alla vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie;

h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

L'avvenuta effettuazione delle suddette attività deve essere registrata tramite « idonei sistemi » (art. 30 comma 2).

Sempre con riguardo ai contenuti del modello organizzativo, il comma 3 dell'art. 30 specifica che esso « deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio »; da rilevare che pure in questo settore è contemplata l'istituzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (comma 3).

In linea con il requisito sistemico della continuità temporale dell'attività di *compliance*, anche la tipologia di modello organizzativo in esame deve prevedere un « idoneo sistema di controllo » sulla sua attuazione e « sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate ». Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati laddove emergano « violazioni significative » delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero quando si registrano « mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico » (comma 4).

È stata oggetto di attenzione la *presunzione di conformità* (art. 30 comma 5) dei modelli di organizzazione aziendale progettati nel solco delle "linee guida" di UNI-INAIL [per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (S.G.S.L.) del 28 settembre 2001], oppure del *British Standard OHSAS* 18001:2007 (al quale, dal 2021, è subentrata la norma internazionale ISO 45001:2018) « per le parti corrispondenti » ai requisiti dettagliati (nei commi 1, 2, 3 e 4) dall'art. 30; tale presunzione era ispirata vuoi all'obiettivo di incentivare l'adesione delle imprese alle nuove regole di *compliance* antinfortunistica, vuoi alle esigenze di recepire e legittimare gli strumenti di prevenzione del rischio già esistenti (e collaudati) di cui le aziende intendono dotarsi, « in sede di prima applicazione », dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2008 (ma il termine finale non era specificato); le citate "linee guida" sono documenti tecnici, il primo italiano, il secondo internazionale, che compendiano gli indirizzi applicativi (così dette *best practice*) per realizzare i sistemi di gestione della sicurezza sul lavoro. Agli

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati » dalla commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro di cui all'art. 6 del d.lgs. del 2008; a quest'organo è altresì affidato il compito — con specifico riferimento al settore delle *piccole e medie imprese* — di elaborare « procedure semplificate » (da recepirsi con apposito decreto del ministero del lavoro) per l'adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza in tali realtà (art. 30 comma 5-*bis*). Da escludere che la presunzione di conformità in parola rivesta carattere di assolutezza perché — in simile ipotesi — risulterebbe preclusa al giudice sia la valutazione di idoneità e di efficacia del modello organizzativo, laddove ritagliato sulle condizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 30, sia la verifica circa la concreta sussistenza delle suddette all'interno del modello stesso: nel processo penale il libero convincimento dell'organo giurisdizionale può essere orientato (cfr. art. 192 commi 2 e 3 c.p.p.) ma non certo pretermesso.

Infine, un'importante innovazione per ciò che concerne il rapporto tra la delega di funzioni e l'obbligo di vigilanza del delegante.

È necessario premettere che il datore di lavoro può delegare « tutti » i poteri di organizzazione, gestione e controllo — richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate — ad altra persona, nel rispetto dei « limiti e condizioni » dettati dall'art. 16 commi 1 e 2 del d.lgs. n. 81 del 2008 (la delega deve risultare da atto scritto recante data certa, il delegato deve possedere gli indispensabili requisiti di professionalità ed esperienza per l'adempimento delle funzioni delegate, quest'ultimo deve godere di poteri congrui alla natura della funzione delegata ivi compresa l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento della medesima, il delegato deve — infine — accettare per iscritto la delega che, a sua volta, va adeguatamente e tempestivamente pubblicizzata; in giurisprudenza, v. Cass. 30 maggio 2012, n. 25359; il comma 3-*bis* dell'art. 16 prevede altresì che il soggetto delegato possa, previa intesa con il datore di lavoro, delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro); ad eccezione della valutazione dei rischi e dell'elaborazione del relativo documento, nonché della designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, tutte le restanti attività sono *delegabili* (arg. *ex* art. 17 del d.lgs. n. 81 del 2008). Permane l'obbligo di vigilanza, in capo al datore di lavoro, « in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite » (art. 16 comma 3 primo periodo); tale obbligo « si intende assolto » — ai sensi dell'art. 16 comma 3 secondo periodo — « in caso di adozione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo » di cui all'art. 30 comma 4 del d.lgs. n. 81 del 2008. Viene così codificato un inedito rapporto causale tra modello di organizzazione e di gestione (ad efficacia esimente per l'ente) e responsabilità individuale del datore di lavoro connessa all'obbligo di vigilanza sul delegato; in altre parole, l'implementazione di una organizzazione del lavoro — improntata ad idoneità ed efficacia nella prevenzione dei rischi di reato di cui all'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231 del 2001 — *solleva l'imprenditore dal controllo sul delegato*: la struttura virtuosamente organizzata "si sostituisce", in tale modo, all'individuo (per importanti precisazioni in merito, v. Cass. 5 ottobre 2023, n. 51455). Questa è la plausibile *ratio* di una norma destinata ad una non semplice interpretazione nella prassi applicativa. È da verificare, in concreto, la portata del meccanismo presuntivo: il fatto che l'obbligo di vigilanza « si intende assolto » in virtù dell'adozione del modello non esime dalle verifiche sulla idoneità ed efficacia del *compliance program* (con conseguenti ripercussioni sulla tenuta della presunzione in parola).

18. (*Segue*): rapporti e intersezioni con la normativa sulla responsabilità degli enti.

Occorre a questo punto raccordare il quadro, fin qui delineato in estrema sintesi, con i capisaldi del sistema della responsabilità degli enti.

Come si ricorderà, la pietra angolare dell'articolato del 2001 è quella dei reati commessi, nell'interesse o vantaggio della *societas*, dai soggetti in posizione apicale (art. 6 in rapporto all'art. 5 comma 1 lett. *a*); nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro, è l'art. 25-*septies* ad individuare, in ossequio al principio di legalità, gli illeciti che radicano la responsabilità suddetta: trattasi dell'omicidio colposo (art. 589 c.p.) e delle lesioni colpose gravi o gravissime (art. 590 commi 2 e 3 c.p.), commessi con violazione delle norme antinfortunistiche. Trattasi di fattispecie imputabili, il più delle volte, a soggetti che siedono al vertice dell'azienda; e il dato è apprezzabile alla luce del « granitico orientamento giurisprudenziale » (LOTTINI), secondo il quale il datore di lavoro è esente da responsabilità « solo quando il comportamento del lavoratore, e le sue conseguenze, presentino i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive di organizzazione ricevute » (Cass. 23 marzo 2007, n. 21587).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Vanno, inoltre, richiamati due punti critici, entrambi connessi al difficile matrimonio tra una normativa, all'origine imperniata sulla prevenzione dei reati dolosi — qual è quella del 2001 —, e le fattispecie colpose successivamente introdotte, tra i reati-presupposto della medesima, in materia di sicurezza sul lavoro (e, in parte, di tutela dell'ambiente); essi si riferiscono:

1) alla difficoltà di coniugare i requisiti dell'interesse o vantaggio (art. 5) — presupposti indefettibili per addebitare la responsabilità del reato all'ente — con le figure dell'omicidio colposo o delle lesioni colpose; l'unica ipotesi ermeneutica sostenibile è quella di ravvisare, dopo l'evento colposo, la sussistenza di un vantaggio, in capo all'ente, che si identifica con il risparmio derivante dai mancati investimenti — economici e di risorse organizzative — nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, Thyssenkrupp);

2) alla necessità di provare, da parte della difesa dell'ente, l'elusione fraudolenta del modello organizzativo ai fini della esenzione dalla responsabilità; una via d'uscita all'(obiettiva) incompatibilità tra il requisito dell'elusione fraudolenta e la colpevolezza, connaturata dall'assenza di volontà dell'evento, è stata individuata ipotizzando una condotta del soggetto apicale ispirata a "colpa cosciente": il reato verrebbe commesso da quest'ultimo violando sì i protocolli organizzativi predisposti dall'ente ma senza che a tale comportamento doloso si accompagni la volontà dell'evento (l'infortunio) o l'accettazione del rischio che quest'ultimo si verifichi (VITALI-BURDESE).

Tutto ciò premesso, la questione più importante concerne i rapporti tra il modello organizzativo contemplato dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 e quello introdotto dall'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008; ed il quadro che ne emerge contempla, accanto a similitudini ed intersezioni, una diversificazione di obiettivi ed evidenti disomogeneità strutturali. Gli aspetti principali riguardano:

a) l'*ambito oggettivo di applicazione*, in quanto il modello organizzativo di cui all'art. 6 mira a prevenire una pluralità eterogenea di rischi-reato nei quali può incorrere l'ente (*ex* artt. 24 ss.) — tra i quali figurano anche le fattispecie in tema di sicurezza sul lavoro (art. 25-*septies*) —, un catalogo suscettibile, peraltro, di arricchirsi di nuove *figurae criminis*, introdotte dal legislatore nel corso del tempo; quello di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 è invece proteso a prevenire esclusivamente i reati colposi commessi con violazione delle norme antinfortunistiche (cioè a dire, quelli indicati dall'art. 25-*septies* del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

d.lgs. del 2001); si delinea quindi un rapporto, tra il primo ed il secondo, di *genus* a *species*; in altre parole, il primo "contiene" il secondo;

b) i *destinatari* sono, in entrambi i casi, i soggetti in posizione apicale, esposti al rischio di commettere illeciti — sia dolosi che colposi *ex* artt. 24 ss., solo colposi nelle fattispecie dell'art. 25-*septies*, implicitamente richiamate dall'art. 30 comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2008 — dai quali può discendere una responsabilità dell'ente collettivo;

c) la *metodologia di valutazione del rischio* è, in entrambe le situazioni, basata sul *self assessment* (per i criteri generali v., *supra*, § 7). Per gli illeciti previsti dagli artt. 24 ss. non esiste, com'è noto, un criterio di autovalutazione del rischio regolato dalla legge; le modalità di individuazione delle aree a rischio riposano, pertanto, sulle *best practice*, di carattere aziendalistico, utilizzate nel prisma degli (elementi costitutivi) delle singole fattispecie penalistiche da scongiurare: la mappatura di rischio ha, in quest'ambito, una valenza generale che costituisce la piattaforma sulla quale costruire i protocolli preventivi. La valutazione dei rischi nel campo della sicurezza sul lavoro — v. gli artt. 28 e 29 del d.lgs. n. 81 del 2008 — è regolata, per le aziende che occupano fino a cinquanta lavoratori, da procedure standardizzate (elaborate dalla commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro: art. 6 comma 8 lett. *f* del d.lgs. n. 81 del 2008; per le aziende che occupano fino a dieci lavoratori, v. l'art. 29 comma 5. Per le altre aziende (quelle con più di cinquanta addetti e le particolari attività previste dall'art. 29 comma 7 lett. *a* e *b*), vale l'approccio "generale" di *self assessment* che, nel settore della sicurezza, si declina:

1) nella valutazione dei rischi (l'art. 28 comma 2 del d.lgs. n. 81 del 2008 precisa i contenuti del documento di valutazione dei rischi, nel quale confluiscono i risultati dell'attività di *self assessment*; il comma 6-*ter* della medesima disposizione prevede semplificazioni per le aziende che operano in settori di attività a basso rischio infortunistico, mentre il comma 6-*quater* prescrive l'individuazione, tramite apposito decreto ministeriale, di strumenti di supporto — anche informatici — per la valutazione dei rischi);

2) nella mappatura delle fasi di attività lavorativa nelle quali emerge il rischio della commissione dei reati di omicidio colposo o di lesioni colpose — gravi o gravissime — commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro;

3) nel confronto tra le misure preventive esistenti in azienda, riguardo a una possibile ed individuata modalità di commissione del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

reato, e quelle richieste dalla legge (ed è proprio laddove emerga un *gap* che si interverrà redigendo un protocollo di prevenzione, ovvero il modello organizzativo).

È da evidenziare che il documento di valutazione dei rischi ha come destinatari *anche i lavoratori*: ciò, allo scopo sia di informarli circa i pericoli ravvisabili nel corso del processo produttivo, sia di preservarli — laddove esposti a situazioni pericolose — individualmente e collettivamente (v. l'art. 37 comma 1 lett. *b* del d.lgs. n. 81 del 2008 sui contenuti della formazione in via generale; per un esempio specifico, nel settore delle sostanze pericolose, di formazione che si avvale di quanto emerso in sede di valutazione del rischio, v. l'art. 227 comma 1 lett. *a* del d.lgs. n. 81 del 2008). Il documento di valutazione dei rischi riveste dunque una duplice finalità. Esso rappresenta la base sulla quale elaborare i protocolli in ambito antinfortunistico, cioè a dire la colonna vertebrale del modello organizzativo e di gestione (*ex* art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008), volto a prevenire i reati colposi nei quali possono incorrere i soggetti apicali e, di conseguenza, l'ente; in secondo luogo, esso contribuisce — indipendentemente da qualunque connotazione di carattere giuridico-penale — alla creazione di quella rete di presìdi, a tutela dei lavoratori esposti ad attività pericolose, nella quale si compendia il concetto di sicurezza sui luoghi di lavoro;

d) i *contenuti comuni* alle due tipologie di modelli sono rappresentati dai protocolli organizzativi e dal sistema disciplinare:

1) i primi sono richiamati, per quanto concerne il modello della normativa del 2001, dall'art. 6 comma 2 lett. *b*, mentre il "modello sicurezza" li individua, seppure in via implicita, nelle attività di cui all'art. 30 commi 1 — in particolare, quelle delle lett. *a* e *b* (ovvero il rispetto degli *standard* tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici, nonché le attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti) — e 5 (il sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro) del d.lgs. n. 81 del 2008. Dopo avere ribadito che lo scopo del modello organizzativo, *ex* art. 30 del decreto del 2008, *è quello di prevenire i reati colposi*, piuttosto che quello di garantire la sicurezza *in senso lato*, è bene altresì precisare che esiste una sovrapposizione o, meglio, un coordinamento, tra gli elementi costitutivi della citata norma e il sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro da essa richiamato (S.G.S.L.). Infatti, il modello fa propri taluni elementi del sistema di gestione in parola, elementi che coincidono, non a caso, con i protocolli organizzativi: in altre parole, le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« parti corrispondenti » alle "linee guida", nazionali ed internazionali (richiamate dal comma 5 dell'art. 30), vengono ad essere « sostanzialmente incorporate *per relationem* » nel modello organizzativo, « mantenendo nel contempo la giusta differenza logico-strutturale » tra quest'ultimo ed il sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (ROMOLOTTI);

2) il sistema disciplinare è previsto, in entrambi i modelli, con identiche finalità: esso deve essere idoneo « a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello » (cfr. art. 6 comma 2 lett. *e* del d.lgs. n. 231 del 2001 e art. 30 comma 3 del d.lgs. n. 81 del 2008); la competenza a irrogare le sanzioni appartiene all'organo gestorio e/o datore di lavoro;

e) i *profili di differenziazione* più salienti concernono i controlli e la gestione delle risorse finanziarie:

1) l'organismo di vigilanza, di cui all'art. 6 commi 1 lett. *b* e *d* e 2 lett. *d* del d.lgs. n. 231 del 2001, non è contemplato dall'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 il quale però prevede che il modello di organizzazione deve assicurare un sistema aziendale per l'adempimento degli obblighi relativi « alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori » (comma 1 lett. *f*) e « alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate » (comma 1 lett. *h*); inoltre, esso deve « prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate » (comma 4 primo periodo); infine, l'aggiornamento del modello dovrà essere attuato « quando siano scoperte violazioni significative » delle norme antinfortunistiche, ovvero « in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico » (comma 4 secondo periodo). La ricostruzione sistematica dei rapporti tra la normativa sulla responsabilità degli enti e quella sulla sicurezza del lavoro muove dalla premessa che la seconda puntualizza e precisa, per i profili oggetto della presente trattazione, i contenuti generali stabiliti dalla prima; pertanto, qualora l'ente decida di dotarsi di un modello organizzativo, inteso a prevenire anche i reati colposi di cui all'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231 del 2001, la normativa generale di riferimento sarà — in quanto compatibile — quella prevista dall'art. 6 di quest'ultimo, integrata dalla disposizione "speciale" di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008. Ne discende che anche il sistema dei controlli dovrà atteggiarsi con cadenze secondo le quali la *vigilanza* sul funzio-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

namento e sull'osservanza del modello, così come il suo *aggiornamento*, dovranno essere di competenza dell'organismo di vigilanza, destinatario di *obblighi di informazione* da parte del datore di lavoro e dei suoi delegati (arg. *ex* art. 6 comma 2 lett. *d* del d.lgs. n. 231 del 2001). E poiché la materia della prevenzione degli infortuni sul lavoro è altamente specialistica — non diversamente, del resto, da quelle, per esempio, dell'antiriciclaggio e della prevenzione degli abusi di mercato — il controllo dell'organismo in parola muoverà dalle informazioni che il datore di lavoro ed i suoi delegati selezioneranno — sotto la loro responsabilità — *tra tutti i dati trattati dal sistema per la prevenzione degli infortuni nel suo complesso*; il controllo su quest'ultimo sistema — sia quotidiano, sia periodico — è invece affidato alle figure istituzionali individuate dal d.lgs. n. 81 del 2008, ossia, ancora una volta, al datore di lavoro (quale responsabile ultimo), ai soggetti da costui delegati, al responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed, eventualmente, a consulenti esterni. Non si delinea quindi una suddivisione di competenze, dettata dalla materia oggetto di vigilanza, bensì una ripartizione di livelli di controllo, imperniata sulla *sensibilità* delle informazioni che — nella prospettiva della prevenzione dei reati colposi di cui all'art. 25-*septies* — affluiranno per l'adempimento dei compiti, necessariamente periodici e non certo quotidiani, dell'organismo di vigilanza. E non sfugga all'attenzione che tale assetto consentirebbe anche di evitare inutili e dispendiose duplicazioni dell'attività di controllo medesima: all'organo di gestione la responsabilità della sicurezza globalmente intesa, all'organismo di vigilanza il controllo sulle informazioni rilevanti ai fini della prevenzione dei rischi di reato. Il secondo potrà poi vantare, nelle imprese dotatesi di un modello organizzativo orientato a prevenire, sopra tutti, i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., una composizione allargata a figure esperte nella sicurezza sul lavoro, proprio ai fini di interpretare al meglio le informazioni filtrate dal controllo dei responsabili della gestione della sicurezza, di calibrare la sua attività di vigilanza sull'attuazione del modello e di verificare il mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate;

2) nessun riferimento — da parte dell'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 — nemmeno alle « modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati » (*ex* art. 6 comma 2 lett. *c*); l'omissione non sembra frutto di una svista, se si inquadra la *ratio* della disposizione nella finalità di prevenire illeciti "tipici" dell'originario impianto del 2001, come la corruzione: fattispecie nella quale le modalità

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di gestione delle risorse finanziarie da parte dell'azienda (ad esempio, disponibilità di fondi extrabilancio, modalità di transazione *off-shore*) rivestono un ruolo decisivo nel favorire la commissione di figure di reato che non sono — tuttavia — quelle connesse alle violazioni della normativa antinfortunistica;

f) gli *effetti*, una volta adottati dall'ente modelli che soddisfino i requisiti di *idoneità* ed *efficace attuazione*, consistono nella esclusione della responsabilità del soggetto collettivo per i reati rispetto ai quali i modelli stessi sono stati introdotti: quindi, per talune o tutte le fattispecie penali richiamate dagli artt. 24 ss. (art. 6), per gli illeciti colposi in tema di sicurezza sul lavoro (art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008);

g) l'*onere probatorio* per guadagnare l'esimente incombe — sempre per quanto concerne i reati commessi dai vertici — sull'ente, il quale deve dimostrare l'esistenza di una serie di requisiti in via cumulativa (art. 6 comma 1 lett. *a*, *b*, *c* e *d*); da precisare che Cass. 5 ottobre 2023, n. 51455 cit., ha sposato, con specifico riguardo alla valutazione del modello organizzativo *ex* art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008, la lettura "correttiva" — ampiamente esaminata: v., *supra*, § 3 — di Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401; cfr., altresì, Id. 15 febbraio 2022, n. 18413.

In conclusione, sono ancora illuminanti taluni passaggi di una risalente sentenza di merito, pronunciata con riguardo ad un episodio di omicidio plurimo colposo. Per il giudice di primo grado, è « evidente » che il sistema introdotto dal d.lgs. n. 231 del 2001 « impone alle imprese di adottare un modello organizzativo diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla normativa antinfortunistica », onde scongiurare, in tale modo, la responsabilità da reato dell'ente.

La previsione di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 riprende l'articolazione offerta dal d.lgs. n. 231 del 2001 « e ne pone in evidenza anche i seguenti aspetti cruciali, che differenziano il modello da un mero documento di valutazione di rischi:

1) la necessaria vigilanza sull'adempimento degli obblighi, delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza;

2) le periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate;

3) la necessità di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate;

4) l'individuazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello ».

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Per questi motivi, il modello introdotto dal legislatore in questa materia è « ispirato a distinte finalità che debbono essere perseguite congiuntamente: quella organizzativa, orientata alla mappatura ed alla gestione del rischio specifico nella prevenzione degli infortuni; quella di controllo sul sistema operativo, onde garantirne la continua verifica e l'effettività ». Non è, di conseguenza, « possibile che una semplice analisi dei rischi [qual è quella contemplata dall'art. 28 del d.lgs. n. 81 del 2008] valga anche per gli obiettivi » perseguiti dal d.lgs. n. 231 del 2001. Anche se sono « ovviamente possibili parziali sovrapposizioni, è chiaro che il modello teso ad escludere la responsabilità societaria è caratterizzato anche dal sistema di vigilanza che, pure attraverso obblighi diretti ad incanalare le informazioni verso la struttura deputata al controllo sul funzionamento e sull'osservanza, culmina nella previsione di sanzioni per le inottemperanze e [...] di poteri disciplinari [...]. Queste sono caratteristiche imprescindibili del modello organizzativo ». A tali peculiarità « vanno cumulate le previsioni, altrettanto obbligatorie nel modello gestionale del d.lgs. 231/2001 ma non presenti nel documento di valutazione dei rischi, inerenti alle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati. Peraltro, mentre il documento di valutazione di un rischio è rivolto anche ai lavoratori per informarli dei pericoli incombenti in determinate situazioni all'interno del processo produttivo e quindi è strutturato in modo da garantire a tali destinatari una rete di protezione individuale e collettiva perché addetti concretamente a determinate mansioni, il modello del d.lgs. 231/2001 deve rivolgersi non tanto a tali soggetti che sono esposti al pericolo di infortunio, bensì principalmente a coloro che, in seno all'intera compagine aziendale, sono esposti al rischio di commettere reati colposi e di provocare quindi le lesioni o la morte nel circuito societario, sollecitandoli ad adottare standard operativi e decisionali predeterminati, in grado di obliterare una responsabilità dell'ente » (G.i.p. Trib. Trani, sez. Molfetta, 26 ottobre 2009; v. anche Cass., sez. un., 24 aprile 2014, Thyssenkrupp; Cass. 23 febbraio 2016, n. 40033; puntualizza che il modello organizzativo in oggetto non si riduce al documento di valutazione dei rischi, Cass. 5 ottobre 2023, n. 51455 cit.).

19. Le misure previste dalla legge per il contrasto alla corruzione.

Anche allo scopo di adempiere a impegni contratti in sedi sovranazionali per prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione, l'Italia ha introdotto un sistema normativo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— in particolare, la l. 6 novembre 2012 n. 190 (poi modificata dal d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97) — imperniato su una pluralità di soggetti e strumenti istituzionali. A livello centrale, l'autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e il piano nazionale anticorruzione (PNA). In sede locale, i responsabili per la prevenzione (della corruzione) e per la trasparenza (RPCT) e i piani triennali per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza (PTPCT) da, rispettivamente, nominare (gli RPCT) e predisporre (i PTPCT) nei singoli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico (per l'ambito soggettivo di applicazione, v. l'art. 2-*bis* del d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33, in materia di trasparenza — introdotto dal d.lgs. n. 97 del 2016 —, e il d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, "testo unico" delle società a partecipazione pubblica, successivamente modificato in più occasioni). Con l'obiettivo di semplificare l'attività amministrativa e di assicurare una maggiore qualità e trasparenza dei servizi pubblici, la l. 6 agosto 2021 n. 113 ha poi introdotto il piano integrato di attività e organizzazione della pubblica amministrazione (PIAO), cioè un documento unico di programmazione e *governance* che ha sostituito e accorpato tutti i programmi che fino al 2022 le pubbliche amministrazioni erano tenute a predisporre, tra i quali i piani della *performance*, i PTPCT, quelli sul lavoro agile e, infine, quelli sui fabbisogni personali e per la formazione; di conseguenza, l'aggiornamento *annuale* del PTPCT è confluito nel nuovo strumento programmatorio del PIAO, divenendone una sezione denominata « rischi corruttivi e trasparenza »; quest'ultima è predisposta dal RPCT, sulla base degli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione.

La l. n. 190 del 2012 prevedeva che il dipartimento della funzione pubblica della presidenza del consiglio dei ministri predisponesse un piano nazionale anticorruzione, da approvare dalla neo-istituita ANAC (poi subentrata, quanto a competenze, al predetto dipartimento); alle linee-guida contemplate nel PNA dovevano uniformarsi gli enti locali — nonché i soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo — nella predisposizione dei singoli piani triennali; a quest'ultimo fine la normativa in parola disponeva che « l'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio », il responsabile della prevenzione della corruzione; l'organo di indirizzo politico, su proposta del predetto responsabile, doveva adottare il piano triennale (trasmettendolo, per la verifica, all'ANAC). Fin qui la l. n. 190 del 2012, cioè a dire la fonte normativa *primaria* in materia di anticorruzione.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Occorre analizzare ora quali siano i denominatori comuni dei piani triennali di prevenzione (trasformati, come anticipato, in una sezione del PIAO), ossia lo scheletro dell'anticorruzione rinvenibile negli enti che si sono adeguati alle indicazioni del PNA (quest'ultimo è stato approvato nella prima versione nel settembre del 2013 e poi periodicamente aggiornato).

Va premesso che il legislatore del 2012 non ha apportato particolari novità, poiché ha eletto a paradigma il d.lgs. n. 231 del 2001 il quale — come noto — è volto a prevenire nelle *società commerciali* numerose fattispecie delittuose tra cui, appunto, quelle di corruzione. Per meglio comprendere l'approccio al contrasto della corruzione, occorre ricordare che la filosofia della normativa del 2001 postula un sistema organizzativo in cui l'attribuzione delle responsabilità, da un lato, e l'individuazione dei compiti, dall'altro, puntualizzano "chi" e "cosa fa"; in armonia con questo obiettivo, lo svolgimento delle attività, concepito tramite procedure manuali e informatiche, deve essere ispirato alla separazione dei ruoli: autorizzazione, esecuzione e controllo sono mansioni che non possono concentrarsi in capo alla stessa persona; a questo fondamentale principio di controllo, fa da complemento la contrapposizione di funzioni (l'esecutore non coincide con chi autorizza: costoro, a loro volta, sono monitorati da un controllore terzo). Infine, l'assegnazione dei poteri autorizzativi e di firma — coerenti con responsabilità organizzative e gestionali adeguatamente definite — costituisce una delle pietre angolari del sistema.

Da tali presupposti — di metodo e di contenuto (2001) — il legislatore "anticorruzione" (2012) elabora le indicazioni per edificare il PNA (l'originario — lo ricordiamo — è del 2013) al quale si sono dovuti ispirare i piani triennali dei singoli enti pubblici (o privati, in partecipazione o controllo pubblici). È quindi il PNA a stabilire che, al fine di « realizzare un'azione di prevenzione integrata tra i diversi soggetti che svolgono funzioni e attività amministrative, anche strumentali, i modelli di organizzazione e gestione [...] degli enti di diritto privato in controllo pubblico di cui [al] d.lgs. n. 231 del 2001 considerano anche il rischio di fenomeni corruttivi e presentano il seguente contenuto minimo »:

« — individuazione delle aree a maggior rischio di corruzione [...] valutate in relazione al contesto, all'attività e alle funzioni dell'ente;

— previsione della programmazione della formazione, con particolare attenzione alle aree a maggior rischio di corruzione;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— previsione di procedure per l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi;

— individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati;

— previsione dell'adozione di un codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative;

— regolazione di procedure per l'aggiornamento;

— previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

— regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante;

— introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello ».

Infine, le suddette misure preventive, adottate e implementate attraverso i modelli in questione, « debbono essere coerenti con gli esiti della valutazione del rischio ». In altre parole, l'ente che già dispone di un modello di organizzazione "anti-reato" (*ex* d.lgs. n. 231 del 2001) può adattarlo alle esigenze connesse alla prevenzione della corruzione (l. n. 190 del 2012).

Le aree esposte al rischio di corruzione sono, a titolo esemplificativo, quelle dell'acquisizione e progressione di carriera del personale, nonché quelle dell'affidamento di lavori, servizi e forniture. Con riferimento alle prime si pensi alle previsioni di requisiti di accesso "personalizzati" e all'insufficienza di meccanismi trasparenti e oggettivi idonei a verificare il possesso delle qualità attitudinali e professionali richieste; per le seconde si ipotizzi la definizione delle condizioni di accesso alle gare e, in particolare, dei requisiti tecnico-economici dei concorrenti al fine di favorire un'impresa (clausole dei bandi che stabiliscono caratteristiche di qualificazione). In fase post pandemia, gli ingenti flussi di denaro e le deroghe alla legislazione ordinaria connesse al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) « richiedono il rafforzamento dell'integrità pubblica e la programmazione di efficaci presidi di prevenzione della corruzione per evitare che i risultati attesi con l'attuazione del PNRR siano vanificati da eventi corruttivi, con ciò senza incidere sullo sforzo volto alla semplificazione e alla velocizzazione delle procedure amministrative » (versione 2022 del PNA).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Vengono altresì precisate — sempre dal PNA — le misure di contrasto. Talune sono di carattere generale ed obbligatorio (devono cioè essere adottate da tutti gli enti): dai limiti-soglia per i regali non consentiti ai funzionari delle pubbliche amministrazioni alla rotazione del personale addetto alle aree a rischio di corruzione, dall'astensione dei responsabili di procedimento in caso di conflitto di interesse allo svolgimento di attività (e incarichi) extra-istituzionali, dalle incompatibilità specifiche per posizioni dirigenziali allo svolgimento di attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro, dalla tutela del dipendente che effettua segnalazioni di illecito (*whistleblowing*: v., da ultimo, il d.lgs. n. 24 del 2023) fino agli obblighi di formazione (in materia di normativa anticorruzione) nei riguardi del personale. A queste si affiancano molteplici « misure ulteriori », tra le quali possono essere esemplificate: l'affidamento delle ispezioni, dei controlli e degli atti di vigilanza (di competenza dell'amministrazione) ad almeno due dipendenti abbinati secondo rotazione casuale; la previsione della presenza di più funzionari in occasione dello svolgimento di procedure sensibili (in quanto esposte a rischio di reato); l'effettuazione di controlli a campione sulle modalità di esercizio della delega di potere (ove rilasciata).

Allo scoccare dei singoli trienni di applicazione i piani di prevenzione adottati in sede locale dovranno essere aggiornati e/o rielaborati — nell'apposita sezione del PIAO — sulla scorta delle criticità emerse nella prassi.

A una prima valutazione, condotta dall'ANAC (nel 2015) su un campione di 1911 amministrazioni, e ad una ulteriore del 2017 (su 577 realtà), i risultati non apparivano soddisfacenti. Il monitoraggio dell'*authority* ha riguardato la qualità del processo di gestione del rischio, la programmazione delle misure di prevenzione e il livello di coordinamento con altri strumenti di programmazione: la burocratizzazione dei controlli — a scapito della loro effettività e cogenza — è un dato critico che emerge in maniera obiettiva. A fronte di un'adozione dei piani di prevenzione pressoché generalizzata, la qualità dei medesimi era apparsa (nel 2015) « generalmente insoddisfacente » (ciò, per ammissione della stessa ANAC). In primo luogo, l'analisi del contesto locale nel quale le singole amministrazioni operano è apparsa inappropriata (gli enti non sono stati in grado di "comprendere" se la realtà socio-territoriale di appartenenza costituisse o meno terreno fertile per la corruzione); inoltre, l'individuazione dei rischi di corruzione, e — conseguentemente — il loro trattamento, sono risultati inadeguati, in quanto gli enti si sono limitati a prendere in prestito le categorie

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

generali elaborate dal PNA (del 2013) e ad applicare, in via transitiva, le misure da quest'ultimo esemplificate: ma alla valutazione del rischio concreto devono conseguire misure di prevenzione "fatte su misura" (ed è esattamente questo processo a essersi rivelato carente).

Quali le cause di questo parziale insuccesso, secondo l'ANAC? La « sostanziale novità e complessità della normativa » parrebbe avere messo in seria difficoltà gli enti nonostante — come riconobbe l'*authority* stessa (2015) — l'architrave dell'edificio anticorruzione fosse rappresentata proprio dal d.lgs. n. 231 del 2001 (cioè una normativa datata più di un decennio rispetto a quella "anticorruzione"); segue la « scarsità delle risorse finanziarie » a disposizione delle pubbliche amministrazioni, coniugata a un « diffuso atteggiamento di mero adempimento nella predisposizione dei PTPC limitato ad evitare le responsabilità » che la legge fa ricadere sul responsabile della prevenzione (RPCT) in caso di mancata adozione del piano triennale; infine, l'isolamento di quest'ultimo soggetto « nella formazione del PTPC e il sostanziale disinteresse degli organi di indirizzo ». Non pochi aspetti da rivedere e migliorare, quindi, in vista della agognata « introduzione, a partire dai prossimi PTPC [il riferimento era al triennio 2015-2018], del maggior numero di misure di prevenzione concrete ed efficaci, traducibili in azioni precise e fattibili, verificabili nella loro effettiva realizzazione » (ANAC).

Nel 2023 ANAC ha pubblicato una ricognizione di « esperienze e criticità » basata sulle risposte a un questionario somministrato agli RPCT. Nelle grandi e medie amministrazioni l'analisi del contesto interno appare, nel 50% dei casi, difficoltosa, e ad analoga conclusione si perviene con riguardo al recepimento del sistema qualitativo per la valutazione del rischio; scarsa è la rilevazione dei conflitti di interesse e delle violazioni della disciplina sul *pantouflage* (il fenomeno delle "porte girevoli" tra pubblico e privato); risulta problematico garantire la trasparenza dei dati previsti da una quindicina di disposizioni normative. Nelle piccole amministrazioni le suddette problematiche si manifestano in termini significativamente accentuati.

In conclusione, è legittimo domandarsi se, a prescindere dalle "buone intenzioni" della lotta alla corruzione nella sfera pubblica, burocratizzazione dei controlli e sovraesposizione politica dell'ennesima autorità "indipendente" (in Italia, si noti, tutte le *authority* sono di nomina governativa) non testimonino la farraginosità dell'attuale azione di contrasto al malaffare. Un deciso cambio di impostazione richiederebbe, *de iure condendo*, l'abrogazione della legislazione (così

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dette "riforme Bassanini") che ha importato nel diritto pubblico logiche e strumenti tipici del diritto privato; in questa insensata commistione si annidano — come è stato autorevolmente osservato (TREMONTI) — la proliferazione degli snodi di potere e la moltiplicazione dei centri di spesa, cioè a dire le cause della corruzione nel nostro Paese.

20. La *compliance* "integrata" e l'impresa "sostenibile": cenni critici.

L'analisi normativa in materia di *compliance* non può esaurirsi nella constatazione che il decreto del 2001 ha rappresentato la pietra angolare della legislazione anticorruzione del 2012 in quanto si è assistito, nel corso degli anni, ad un impressionante quanto disordinato proliferare di atti — le cui fonti si rinvengono nei regolamenti e nelle direttive dell'Unione europea, in *standard* internazionali, nella legislazione, primaria e secondaria, nazionale — che hanno moltiplicato esponenzialmente i sistemi ed i livelli di prevenzione; tutto ciò, in assenza della (indispensabile) uniformità linguistico-terminologica in materia di controlli, con l'effetto ultimo di aggravare l'*incertezza* del diritto.

In primo luogo, ricordiamo taluni articolati normativi di profondo impatto sulla responsabilità degli enti da reato (se ne è fatto cenno nel corso della trattazione): dall'antiriciclaggio (d.lgs. n. 231 del 2007) alla sicurezza sui luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008), dalla tutela penale dell'ambiente (dal d.lgs. n. 121 del 2011 alla l. 22 maggio 2015 n. 68) al contrasto degli illeciti tributari (dalla l. n. 157 del 2019 al d.lgs. n. 75 del 2020); accanto a questi interventi, il Codice della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14 del 2019) ha interpolato, come si ricorderà, l'art. 2086 c.c. (sulla gestione dell'impresa) con il "nuovo" secondo comma: « L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale »; il dovere di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile è stato interpretato, da taluni, come un'indiretta conferma della necessità di adottare i modelli di organizzazione e di gestione (ad avviso di chi scrive, trattasi della lettura più aderente al sistema); altri vi hanno invece ravvisato una riarticolazione della gerarchia delle fonti

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

normative in tema di *compliance*, in cima al cui podio si collocherebbe la norma citata.

In secondo luogo, interagiscono (dall'esterno) con la prevenzione del rischio penale d'impresa:

— le Linee guida (del 25 settembre 2018) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.G.C.M.) per il contrasto dei comportamenti anticoncorrenziali (*antitrust*);

— il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio (del 27 aprile 2016), attuati dal d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101, intesi a proteggere la riservatezza dei dati e delle informazioni compendiate nei sistemi informatici degli enti (tutela della *privacy*);

— il così detto *Tax control framework* (di derivazione O.C.S.E.), cioè a dire un insieme di *best practice* basato sulla mappatura e conseguente prevenzione dei rischi fiscali nella gestione aziendale.

Infine — e trattasi della galassia più nebulosa — si registra una serie di sistemi di così detta *soft law*:

— i *rating* di legalità e di impresa (v., *supra*, cap. II, § 8);

— il composito mondo delle certificazioni; per citare le meno risalenti: dalla UNI ISO 31000:2018 (sulla gestione del rischio), alla UNI ISO 37301:2021 (sistemi di gestione per la *compliance*), fino alla UNI ISO 37002:2021 (sistemi di gestione per il *whistleblowing*);

— la così detta "sostenibilità" d'impresa, la cui ultima fonte regolatrice è la Direttiva (UE) 2024/1760, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (nota altresì con l'acronimo C.S.D.D.D.).

A quella che si presenta a tutti gli effetti come una patologica ipertrofia della normazione in tema di gestione del rischio d'impresa fa da contrappunto una fitta pubblicazione di studi i quali, con il dichiarato obiettivo di ridurre l'estrema complessità dell'approccio aziendale in materia, hanno proposto una formula suggestiva, che è assurta a nuovo mantra: la *compliance* "integrata" (tra i tanti, v. De Vivo). Questa permetterebbe agli enti di « razionalizzare le attività (in termini di risorse, persone, sistemi [...]); migliorare l'efficacia ed efficienza delle attività di *compliance*; facilitare la condivisione delle informazioni attraverso una visione integrata delle diverse esigenze di *compliance*, anche attraverso l'esecuzione di *risk assessment* congiunti, e la manutenzione periodica dei programmi di *compliance* » (Linee guida Confindustria). Dal canto loro, le elaborazioni dottrinali maturate in seno alla Banca d'Italia sostengono che il « fine è di valorizzare al massimo le sinergie tra i vari apparati di regole per pervenire a una gestione olistica

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dei rischi aziendali, nella difficile ricerca di un *trade off* ottimale tra le ragioni della prevenzione e i costi del controllo. In conclusione, l'esigenza di un approccio integrato al sistema di gestione dei rischi, sempre più avvertita, può considerarsi oggi una delle principali sfide per le imprese [...] » (Consigliere - Neri).

Trattasi di obiettivi astrattamente condivisibili, la cui concreta perseguibilità è tuttavia descritta in termini così generici e vaghi da renderla incomprensibile. Una basilare regola didattica insegna che, quando un concetto non è espresso in maniera chiara, la ragione sta nel fatto che esso non è chiaro a colui che lo espone. Muoviamo allora da due precisazioni linguistiche. *Integrare*, significa riunire insieme, conglobare in un tutto organico. Poiché la tecnologia informatica gioca un ruolo centrale nel settore in esame, precisiamo anche ciò che si intende per *software integrato*: questo racchiude programmi diversi considerati come un insieme omogeneo, in grado di scambiare e comunicare dati tra loro. Ciò premesso, la dottrina penalistica che ha cercato di afferrare il senso della locuzione *compliance* "integrata" si è soffermata sul dato tecnologico: *Blockchain* e *A.I.* (Gullo). La prima è un meccanismo avanzato — strutturato in blocchi — di raccolta di informazioni che permette la condivisione trasparente delle medesime all'interno di una rete aziendale; i dati registrati sulla *Blockchain* sono permanenti e non possono essere alterati senza il consenso della maggioranza della rete (ciò pone i dati al riparo da manomissioni); un'altra caratteristica è la sua decentralizzazione: i vari uffici/funzioni aziendali possono vedere le informazioni. Quindi, se ipotizziamo che l'organismo di vigilanza « rappresenti un nodo della *Blockchain*, nessuna informazione potrebbe essere alterata senza il suo espresso consenso »; positive sarebbero quindi le ricadute « in punto di capillarità del controllo » (Gullo). Quanto all'intelligenza artificiale (*A.I.*), essa è basata su algoritmi ed è fondamentale per processare i dati, consentendo di elaborarne una massa imponente; l'*A.I.* ha una spiccata attitudine a fare emergere segnali di allarme durante una procedura (si pensi alle fasi di acquisto di beni, di selezione del personale o alle segnalazioni in ambito di antiriciclaggio), a monitorare costantemente le *mail*, a predisporre *report* in tempo reale agli amministratori (ed anche, ad esempio, all'organismo di vigilanza), con un « cambiamento potenzialmente significativo della capacità dell'ente tanto di formulare *ex post* analisi molto accurate delle cause di eventuali 'non conformità', quanto di effettuare diagnosi *ex ante* estremamente puntuali dei rischi » (Gullo). Riassumendo: capillarità del controllo, emersione facilitata di anomalie

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

("*red flags*"), reportistica in tempo reale, accuratezza delle diagnosi; è quanto ci si può aspettare, sul fronte dei controlli interni, dalle nuove tecnologie.

Come anticipato, le cautele si sono esponenzialmente moltiplicate e spesso si caratterizzano per indeterminatezza, il loro costo — economico e in risorse umane — appare insostenibile, l'obiettivo finale di una prevenzione mirata del rischio d'impresa è divenuto sfuggente proprio a causa dell'inflazione dei controlli (così detta *overcompliance*). La parola d'ordine non è tanto "integrare", quanto — piuttosto — sfoltire e semplificare: un compito che tuttavia spetta, *in primis*, al legislatore. Nell'attesa messianica di (improbabili) ripensamenti, le aziende altro non potranno fare se non sfruttare le potenzialità delle nuove tecnologie sopra tratteggiate, in una duplice prospettiva di metodo consentanea ai principi del d.lgs. n. 231 del 2001: un'elaborazione dei *flussi informativi — verso* le funzioni di controllo, *tra* le medesime e, infine, *da* queste ultime agli amministratori — più *qualitativa* (cioè accurata nella selezione delle informazioni sensibili) e *costante* nel tempo (meno episodica), caratterizzata, in secondo luogo, da una spiccata *tracciabilità* (ovvero un valore aggiunto, e oltremodo potenziato, dalla *Blockchain*). Più di questo non è possibile oggi, con sano realismo, attendersi.

"Sostenibilità" dell'impresa è lo *slogan* della terza decade del nuovo millennio, veicolato da una alluvionale produzione normativa — di cui in questa sede non è possibile dare conto — dell'Unione europea. Come anticipato, l'ultimo parto è la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (C.S.D.D.D., ex Direttiva (UE) 2024/1760), ovvero un'evoluzione della E.S.G., acronimo di *Environmental* (impatto ambientale nella prospettiva della « *Carbon neutrality* »), *Social* (relazioni intrattenute con gli *stakeholders* interni ed esterni) e *Governance* (assetto organizzativo interno e *compliance* alle normative applicabili); si tenga presente che la locuzione *Corporate Social Responsability* (C.S.R.) — utilizzata in precedenza e, in parte, tutt'oggi — sottintende significati equivalenti alle due appena richiamate. In buona sostanza, il concetto di "sostenibilità" identifica un modo di fare impresa rispettoso dei principi etici, dei diritti umani, dell'ambiente e delle persone; il capitalismo, secondo questa concezione, deve cambiare radicalmente la sua essenza: la crescita economica e patrimoniale perseguita dall'impresa e dai suoi soci (cioè lo scopo del capitalismo, coevo alla sua nascita) andrebbe ricontestualizzata in una dimensione globale di attenzione all'ambiente e al "sociale"; l'O.N.U. ha sgranato diciassette obiettivi — nella sua *Agenda 2030* —, connessi alle categorie E.S.G.,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

che vanno dall'esigenza di sconfiggere la povertà e la fame alla tutela della salute e del benessere, dalla parità di genere alla riduzione delle diseguaglianze, dalla lotta al cambiamento climatico a « pace, giustizia e istituzioni solide », dall'istruzione di qualità al lavoro dignitoso, dalla vita sulla terra e sott'acqua all'energia pulita ed accessibile. A livello di legislazione europea, il principio della "sostenibilità" viene esplicitato con valenze meramente esortative e sorretto dalla prescrizione di adempimenti di natura informativa in capo alle aziende che, in sede di bilancio, devono precisare quali sforzi sono stati profusi per orientare la loro attività secondo i canoni E.S.G.; nella richiamata Direttiva C.S.D.D.D. (luglio 2024) è contemplato — nientemeno — l'obbligo di attuare un *piano di transizione industriale*, per la mitigazione dei cambiamenti climatici, inteso a garantire la compatibilità del (preconizzato) modello di produzione con il passaggio verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale in parametri prefissati; gli Stati dell'UE dovranno prevedere, per le imprese inadempienti, sanzioni pecuniarie; i medesimi dovranno conformarsi alla suddetta Direttiva entro luglio 2026. Ineccepibili e meritevoli le finalità perseguite. Tutt'altro che persuasivi postulati, metodo di approccio e scelte programmatiche.

A titolo di premessa, non si può ignorare che la *Corporate Social Responsibility* (o E.S.G.) « per la sua enorme estensione e per il carattere vago e anche velleitario di alcune sue proposizioni » (Bassi) sia circondata da un alone di scetticismo. *In primis,* il perseguimento di un obiettivo « è di ostacolo al soddisfacimento delle altre esigenze [*ndr*: della E.S.G.] non foss'altro per il fatto che la tutela degli interessi degli *stakeholders* — connessi alla protezione dell'ambiente, alla sicurezza sul lavoro, ecc. — determina l'inevitabile aumento dei costi da sostenere per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, di talché si può pervenire ad una riduzione delle esternalità negative, rendendo l'impresa sostenibile nella prospettiva ESG, solo se si accetta al contempo di pregiudicarne la redditività e di incidere quindi in senso negativo sulla sostenibilità economica dell'esercizio imprenditoriale » (Santoriello). Ne consegue, in secondo luogo, che è « illusorio pensare che l'equilibrio dell'attività imprenditoriale e la protezione di ogni interesse che fa capo direttamente o indirettamente all'impresa (e quindi quelli dei dipendenti, dei fornitori, della comunità locale, della comunità nazionale, dell'orbe terraqueo, ecc.) siano finalità necessariamente coerenti, se non anche coincidenti. La sostenibilità socio-ambientale non va necessariamente insieme con quella economico-finanziaria » (Stella Richter). Non si

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nega — peraltro — la possibilità che le suddette "dottrine" « contribuiscano, sul piano fattuale, a 'colorare' in certo modo l'approccio culturale alla gestione dell'impresa, suggerire attenzione a certe esigenze e dare un volto almeno apparentemente più bonario al capitalismo. Sul piano giuridico, tuttavia, [trattasi di] formule con poco mordente, di significato elusivo, che non possono fornire una reale guida *ex ante* all'operato degli amministratori, né — tantomeno — possono essere invocate per valutarne *ex post* le decisioni o l'adempimento dei propri doveri » (VENTORUZZO). In conclusione, ogni « ulteriore pretesa avanzata nei confronti dell'impresa in nome del perseguimento di uno sviluppo sostenibile non sfugge alle critiche di genericità e vaghezza di tale obiettivo, di indeterminatezza dei criteri con cui giudicare del raggiungimento dello stesso e dei parametri con cui verificare se le scelte degli amministratori sono state o meno conformi a tale *mission* aziendale » (SANTORIELLO). I principi delle direttive sulla "sostenibilità" si prestano ad essere recepiti, tutt'al più, nei *codici etici* (v., *supra*, § 10) — laddove già non vi figurino —, avendo cura di precisare l'obbligo di rendicontazione sulle attività svolte per realizzarli.

Colpisce, nell'analisi delle suddette direttive europee, il *deficit* di pragmatismo: una carenza vieppiù esaltata dalla cifra squisitamente *ideologica* (il *green deal*) delle prime; la sensazione è che l'Unione europea scambi i suoi desideri per realtà. Opportuno appare, pertanto, il richiamo a talune situazioni fattuali. Da una prospettiva macrosistemica ad una incentrata sulle dinamiche nazionali, si noti:

— il primo decreto esecutivo della nuova amministrazione statunitense avrà per oggetto il ritiro dell'America dall'accordo di Parigi (del 2015) sul clima, in materia di riduzione delle emissioni dei gas serra (WALL STREET JOURNAL); come storicamente dimostrato, le scelte compiute oltreoceano influenzano, seppure nel medio periodo, politica e abitudini del Vecchio Continente;

— il fallimento del *COP29*, — la Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (Baku, Azerbaigian, 2024) — disertato dai maggiori *leader* mondiali e segnato da forti contrasti (IL SOLE 24ORE), è stato accompagnato dalla notizia che il 75% delle emissioni di anidride carbonica è attribuibile, complessivamente, a Cina, India (insieme: 40%) e ai Paesi in via di sviluppo (35%), mentre l'Unione europea è responsabile del 6,9%; a dispetto di questo dato, le politiche *green* più aggressive — quanto ad obblighi per l'industria manifatturiera — sono proprio quelle europee;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— la Germania, forza economica trainante dell'Unione, attraversa una profonda crisi, la cui cartina di tornasole è la caduta verticale (in termini di vendite e occupazione) del settore automobilistico, nel quale le preannunciate chiusure di stabilimenti si inseriscono nella cornice di un (insostenibile per l'impresa manifatturiera) ecologismo che pretende, per il 2035, la messa fuori produzione dei motori a benzina e *diesel*;

— quanto al nostro Paese, uno studio dell'ottobre 2024 (Università La Sapienza) sugli squilibri nell'industria italiana ha accertato che ben l'80% degli utili confluisce in dividendi per i soci; il restante 20% parrebbe alimentare investimenti tra i quali non risulta certo ai primi posti la *compliance* organizzativa; e se è vero — come evidenziato da diverse associazioni d'imprese — che la percentuale delle ore di lavoro dedicate ai controlli interni ha quasi eguagliato quella del tempo dedicato alla produzione, il quadro dei futuribili della *compliance* di matrice "social-ambientale" si delinea a tinte fosche.

Inelegante — ma efficace — un adagio statunitense recita: "l'America fa, la Cina copia, l'Europa regola". In attesa di verificare i destini dell'impresa europea "sostenibile", ricordiamo un'antica, ancorché scomoda, verità: il capitalismo non fa beneficenza.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO OTTAVO

L'ORGANISMO DI VIGILANZA

SOMMARIO: 1. I requisiti dell'organismo di vigilanza. — 2. L'organismo di vigilanza e gli altri organi di controllo; il collegio sindacale; il controllo nelle banche. — 3. La composizione. — 4. Nomina, durata in carica, revoca; regolamento interno; compenso dei componenti; risorse economiche (*budget*). — 5. I compiti di vigilanza. — 6. (*Segue*): effettività della vigilanza e flussi informativi. — 7. La cura dell'aggiornamento del modello. — 8. Rapporti con altri organi dell'ente e obblighi di "riporto". — 9. L'organismo di vigilanza nel gruppo di imprese. — 10. L'organismo di vigilanza nella piccola impresa. — 11. La responsabilità penale dei componenti; l'eliminazione degli obblighi informativi e della responsabilità nella normativa antiriciclaggio.

1. I requisiti dell'organismo di vigilanza.

L'efficace attuazione del modello organizzativo — che, come si ricorderà, è la condizione per invocare l'esimente di cui all'art. 6 — dipende anche dalla costituzione (e dalla diligenza dell'attività di controllo) dell'organismo di vigilanza. Esso è:

a) deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del *compliance program*;

b) tenuto a curare l'aggiornamento di quest'ultimo;

c) munito di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (art. 6 comma 1 lett. *b*);

d) beneficiario di obblighi di informazione sulle operazioni "sensibili" (art. 6 comma 2 lett. *d*).

L'organismo di vigilanza rappresenta l'« assoluta novità » (BASTIA) e, al tempo stesso, uno degli snodi più delicati della impalcatura normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche. Dal punto di vista processuale, è importante sottolineare che ricade sempre sull'ente l'onere di dimostrare che:

a) è stato istituito un organismo di vigilanza indipendente e dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (art. 6 comma 1 lett. *b*);

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

b) l'attività di controllo dell'organismo di vigilanza non ha patito omissioni o insufficienze (art. 6 comma 1 lett. *d*).

Superate le incertezze della prima ora riguardo alla individuazione delle articolazioni aziendali (già) esistenti cui attribuire i compiti dell'organismo in parola — una tesi propendeva, ad esempio, per l'*internal auditing* — la dottrina e le migliori prassi applicative convergono attualmente su soluzioni più aderenti al sistema, ovvero sulla necessità di costituire una funzione *ad hoc*. Necessariamente collegiale, per le realtà complesse. Per quelle più semplici, il ricorso alla figura monocratica — alquanto diffuso — presenta invece non poche controindicazioni. In primo luogo, l'asperità della materia, riconducibile (anche) alla patologica proliferazione dei reati-presupposto, esige la presenza di professionisti di diversificata estrazione (da quella giuridica a quella commercialistica, fino all'ingegneria nelle sue varie branche); ne consegue, in secondo luogo, che i risultati dell'attività di controllo devono rappresentare il naturale esito di un confronto multidisciplinare (e non di un afasico soliloquio); infine, il risparmio dei costi aziendali — correlato alla remunerazione di un semplice organismo unipersonale — è più apparente che reale: si pensi, per esempio, al caso dell'incarico *de quo* affidato ad un ingegnere, il quale s'imbatta nell'esigenza di verificare il rispetto dei protocolli per la redazione del bilancio della società (la soluzione non potrà che essere la nomina, come consulente esterno, di un commercialista).

Occorre precisare che l'organismo di vigilanza non è un organo sociale in senso stretto (lo sono — invece — l'assemblea, gli amministratori e il collegio sindacale), bensì una *funzione* (o, per taluni, un *ufficio*) « dell'ente ».

L'impianto sistematico del d.lgs. n. 231 del 2001 e l'esplicita previsione di « autonomi poteri di iniziativa e di controllo » (*ex* art. 6 comma 1 lett. *b*) in capo all'organismo di vigilanza ne tratteggiano i due requisiti imprescindibili, cioè a dire l'*indipendenza* e l'*autonomia*. Anche se nel linguaggio degli operatori i due termini sono sovente utilizzati come sinonimi, è bene tenere presente che, nonostante innegabili similitudini, essi sottendono significati diversi. Il primo attiene ad una condizione di natura *soggettiva*, riferita cioè alla posizione dei componenti dell'organo di controllo: dovrebbe infatti trattarsi « di persone che non si trovano in condizioni di conflitto di interessi con l'azienda, che non svolgono attività di consulenza (se esterni all'azienda), che si trovano in una posizione organizzativa adeguatamente elevata e comunque non tale da configurarsi come dipendente da

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

organi esecutivi »; nella fattispecie, il requisito in oggetto implica « un'assoluta separatezza dagli organi di gestione, a qualunque livello organizzativo essi siano riferiti » (BASTIA). La sussistenza del requisito in capo ai singoli componenti si riflette — naturalmente — sulla indipendenza dell'organo.

Complementare all'indipendenza è il requisito della *onorabilità* dei componenti dell'organo. Pur non essendo prevista in termini espliciti dal legislatore del 2001, tale condizione è desumibile — come necessaria — dall'ordinamento: codice civile e leggi speciali richiedono infatti la sussistenza dell'onorabilità in capo agli amministratori di società e ai sindaci. La natura del requisito appare chiara se si guarda ai casi nei quali esso può venire meno: ciò accade quando i soggetti menzionati abbiano riportato una condanna per specifici reati (fallimentari, societari, bancari, finanziari, contro la pubblica amministrazione, contro il patrimonio), per delitti non colposi (con pena della reclusione non inferiore ad un anno), ovvero si trovino in stato di interdizione temporanea o di sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza di cui all'art. 2382 c.c. o, ancora, siano stati sottoposti a misure di prevenzione. E non c'è dubbio che tali disposizioni si applichino anche ai componenti dell'organismo di vigilanza.

La condizione della *autonomia* riguarda invece l'organismo di vigilanza in quanto tale; essa comporta che siano ritagliati in suo favore « effettivi poteri di ispezione e controllo », con relative possibilità di « accesso alle informazioni aziendali rilevanti » e, non da ultimo, che esso sia dotato di « risorse adeguate » (BASTIA) con corrispondente capacità di spesa.

Infine, un requisito connesso al concreto operare dell'organo di controllo è la *continuità di azione*. Se il modello organizzativo si dispiega — nella organizzazione e gestione dell'azienda — in un *continuum*, la vigilanza sulla sua efficace applicazione dovrà, in termini speculari, assecondarne le cadenze. Costante controllo delle informazioni ricevute dalle aree sensibili, verifiche da eseguire in conformità al piano annuale, ispezioni mirate, segnalazioni delle riscontrate violazioni del modello, aggiornamento di quest'ultimo, cogestione della formazione del personale, *reporting* nei confronti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, riunioni periodiche: l'attività di vigilanza dell'organismo, nelle sue molteplici sfaccettature, non può certo essere episodica o saltuaria.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2. L'organismo di vigilanza e gli altri organi di controllo; il collegio sindacale; il controllo nelle banche.

I requisiti fin qui indicati danno conto del perché la funzione dell'organismo di vigilanza non possa essere assolta né dall'*internal auditing*, né dal *comitato per il controllo interno*; il primo, collocato in dipendenza funzionale dal consiglio di amministrazione (o dall'amministratore delegato), potrebbe non vantare quella condizione necessaria ad assicurargli un'effettiva *indipendenza* rispetto agli organi apicali; i membri del secondo (oggi denominato « comitato controllo e rischi ») sono, a loro volta, componenti del consiglio di amministrazione: essendo quest'ultimo sottoposto al controllo dell'organismo di vigilanza, risulterebbe del tutto inefficace la scelta di attribuire i poteri contemplati dal d.lgs. n. 231 del 2001 al comitato per il controllo interno, nonostante questo annoveri tra le sue fila amministratori non esecutivi, per lo più indipendenti (Gennari; cfr. De Nicola). Come anticipato, l'organismo di vigilanza non può che essere, quantomeno nei contesti aziendali con una certa complessità organizzativa, una struttura « di *nuova istituzione*, preferibilmente pluralistic[a] e non monocratic[a] » (Bastia).

È inoltre da escludere che l'organismo di vigilanza possa identificarsi con altre entità interne aziendali quali il collegio sindacale ed il *compliance officer*. Quanto al collegio sindacale, questo sconta — come si vedrà tra breve — un inquadramento tutt'altro che limpido nella legislazione societaria, poiché esso dipende tanto dai soci (l'assemblea), quanto dal consiglio di amministrazione; e la sua incerta collocazione, insieme alla natura ibrida, gli precludono lo svolgimento dei compiti di vigilanza richiesti dal d.lgs. n. 231 del 2001. Al *compliance officer* è invece attribuita la responsabilità di controllare e valutare, con cadenze regolari, l'adeguatezza e l'efficacia delle procedure e delle misure adottate per fronteggiare le (eventuali) carenze nell'adempimento degli obblighi tipici degli intermediari finanziari, di prevenire ed individuare le ipotesi di mancata osservanza degli obblighi contemplati dalle disposizioni di recepimento della direttiva 2004/39/CE — relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MiFID) —, di minimizzare e gestire in modo adeguato le conseguenze che ne derivano, nonché di consentire alle autorità di vigilanza di esercitare efficacemente i poteri loro conferiti. Trattasi di un controllo *tipicamente regolamentare*, che si arricchisce di valenze operative e propositive, attribuite ad un organo — per l'appunto, il *compliance officer* — da istituirsi obbligatoriamente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

in seno a banche, Sim, Sgr e Sicav; per quanto vi siano intersezioni con i compiti dell'organismo di vigilanza, è palese che il controllo di conformità in ambito finanziario *non può essere confuso* con quello di controllo sul sistema di prevenzione dei rischi di reato: di conseguenza, i due "uffici" interni devono rimanere distinti quanto a competenze funzionali. Non soddisfa pertanto i requisiti di legge la prassi di concentrare i poteri di controllo, di cui all'art. 6 comma 1 lett. *b*, in capo alla funzione di *compliance* attribuendo a questa — surrettiziamente — il ruolo di organismo di vigilanza (Cass. 27 settembre 2016, n. 52316).

Il compito dell'organo in parola nemmeno può essere svolto da soggetti *esterni* all'ente, come, ad esempio, le società di revisione: l'art. 6 comma 2 lett. *b* prevede, infatti, l'istituzione di un organismo « dell'ente ».

Con la l. 12 novembre 2011 n. 183 (così detta "legge di stabilità") è stata snellita l'architettura delle imprese — costituite in forma societaria — con l'intento di abbatterne i costi di organizzazione e di semplificarne l'attività; in questa prospettiva, la predetta aveva introdotto, nell'art. 6, una disposizione (il comma 4-*bis*) per la quale nelle società di capitali — cioè la società per azioni, quella in accomandita per azioni nonché la società a responsabilità limitata — « il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza ».

È indubbio che il problema della proliferazione degli organi di controllo endosocietari vada affrontato perseguendo il duplice obiettivo di razionalizzare un quadro quanto mai composito — riducendo il numero dei *controller* e armonizzandone le competenze — e di diminuire i costi (economici, di tempi e di risorse) connessi alle attività di vigilanza; tuttavia, la scelta operata dal legislatore del 2011 si è rivelata un rimedio peggiore del male da contrastare, al punto tale che essa è raramente applicata dagli enti. Esaminiamo partitamente — con riguardo al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo della gestione — le incongruenze che le attribuzioni di controllo a questi organi apportano nel sistema della prevenzione dei rischi di reato; tenendo ben presente che la previsione del 2011 prevede la *possibilità* — e non l'obbligo — di attribuire le funzioni dell'organismo di vigilanza ai predetti organi.

Al collegio sindacale — è questo l'aspetto più importante da approfondire — *non* possono essere affidate, come poco sopra anticipato, le incombenze di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

modelli di organizzazione e di gestione. Ciò per una serie di stringenti ragioni:

a) l'incompatibilità di funzioni tra i due organi; la legislazione societaria ha progressivamente caricato i sindaci di una pluralità di compiti di controllo sull'amministrazione della società, ritagliando per tali figure un ruolo, per non pochi aspetti, contraddittorio; la vigilanza sull'operato dell'organo gestorio si snoda infatti attraverso una molteplicità di "momenti di condivisione" delle decisioni degli apicali, ovvero situazioni nelle quali il sindaco (controllore) appare in rapporto "osmotico" con l'amministratore (controllato); in altre parole, l'attuale sistema di controllo *intramoenia* sembra spingere il titolare dell'obbligo di vigilanza ad affiancare il *top management*, quasi a corresponsabilizzarlo in scelte che — resta fermo — non possono non rimanere di stretta prerogativa dell'amministratore. Che il controllo sindacale sulla corretta amministrazione trascolori — almeno in parte — in controllo sul merito e sul contenuto della gestione è testimoniato da una serie di disposizioni civilistiche; si pensi, a titolo di esempio, alla vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (si veda l'art. 2403 comma 1 c.c. in rapporto, pressoché speculare, con l'art. 2381 commi 3 e 5 c.c. in materia di poteri del consiglio d'amministrazione e degli organi delegati; tali compiti sono diventati, per i sindaci, ancora più delicati e penetranti a seguito del d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 — v., per esempio, l'art. 25-*octies* — in ordine alla prevenzione della crisi d'impresa; cfr. PERUSIA-SANTORIELLO), alle prerogative informative sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari (art. 2403-*bis* comma 2 c.c.), all'obbligo di presenziare — pena decadenza dall'ufficio — alle assemblee, al consiglio di amministrazione e al comitato esecutivo (art. 2405 c.c.), alla formulazione di osservazioni e proposte — rivolte all'assemblea — in ordine al bilancio e alla sua approvazione (art. 2429 comma 2 c.c.,), fino ad arrivare — per i casi di gravi irregolarità nella gestione o di fatti altrimenti censurabili — al potere di convocare l'assemblea (art. 2406 c.c.), al dovere di tenere conto (o di indagare sul contenuto) delle denunce presentate dai soci al collegio (art. 2408 c.c.) e al potere di denuncia al tribunale (art. 2409 comma 7 c.c.). A tutto ciò si aggiunga la responsabilità *solidale* con gli amministratori per i *fatti* o le *omissioni* di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica (art. 2407 c.c.). Negli schemi della prassi la vigilanza sui profili di legittimità delle scelte gestionali e la verifica circa

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la correttezza dell'*iter* decisorio scivolano — talvolta impercettibilmente, talaltra manifestamente — in una valutazione sulla opportunità e sulla convenienza dell'operato degli amministratori; ne esce quantomeno appannata *la (necessaria) alterità — rispetto alla gestione — della funzione di controllo*: per questo motivo si rivela anzi tutto *incongrua* l'attribuzione al collegio sindacale di mansioni di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del *compliance program*;

b) la coincidenza tra controllore e controllato (PIERGALLINI) palesata, in maniera plastica, dalla responsabilità dei sindaci per taluni reati societari quali le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.) — anche se di « lieve entità » (art. 2621-*bis* c.c.) — e le stesse con riguardo alle società quotate (art. 2622 c.c.), l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638 c.c.) nonché la corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): poiché il sindaco risulta tra i soggetti attivi dei suddetti illeciti ne consegue l'*impossibilità* di esercitare le funzioni di controllo sul modello organizzativo previste dal d.lgs. n. 231 del 2001 (il modello è deputato a prevenire, tra gli altri, anche i reati citati: v. art. 25-*ter* comma 1 lett. *a*, *a-bis*, *b*, *s* e *s-bis*, quest'ultima ipotesi limitatamente ai casi di cui all'art. 2635 comma 3 c.c.);

c) la posizione *di garanzia* ricoperta dal sindaco si sostanzia nell'obbligo di impedimento del reato altrui e nella responsabilità penale del primo per mancato esercizio della funzione di controllo; trattasi di un profilo *inconciliabile* con l'attività e il ruolo dell'organismo di vigilanza che, per sua natura, non è destinatario di un obbligo di impedire l'evento, non ricopre posizioni di garanzia e — dunque — non può considerarsi, nelle figure dei suoi componenti, penalmente responsabile;

d) le competenze tecniche del collegio sindacale *non coincidono* con quelle dell'organismo di vigilanza; la composizione paradigmatica del primo annovera un ragioniere (o un perito commerciale, o un consulente del lavoro), addetto al controllo contabile delle poste di bilancio, affiancato da un dottore commercialista, chiamato a vagliare la metodologia seguita nel redigere la contabilità, nonché da un avvocato (civilista), per la verifica degli atti; ben diversa, in quanto riflette natura e funzioni dell'oggetto del controllo, cioè il modello organizzativo, la struttura "ideale" — secondo le *best practice* formatesi nel primo ventennio di applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 — dell'organismo di vigilanza, nel quale le professionalità di natura giuridico-penale ed organizzativo-aziendale esercitano un ruolo preminente e non certo surrogabile da quelle di matrice contabile.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Per quanto concerne il secondo organo contemplato dal comma 4-*bis* dell'art. 6 — il consiglio di sorveglianza — le conclusioni non sono molto distanti da quelle cui si è giunti per il collegio sindacale.

Va ricordato che nel sistema dualistico sono attribuiti al consiglio di sorveglianza tanto i compiti di controllo tipici del collegio dei sindaci, quanto alcune funzioni di indirizzo che « nel sistema tradizionale sono proprie dell'assemblea dei soci, come la nomina e la revoca dei componenti del consiglio di gestione e l'approvazione del bilancio di esercizio »; inoltre, le suddette funzioni di indirizzo possono essere « ulteriormente rafforzate con apposita clausola statutaria, riservando al consiglio di sorveglianza l'approvazione delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione ». Dunque, « scelte e valutazioni tipicamente imprenditoriali » — come la designazione degli amministratori e l'approvazione del bilancio — risultano « sottratte ai soci ed affidate ad un organo professionale, quale il consiglio di sorveglianza, che nel contempo esercita il controllo sull'amministrazione » (Campobasso). Esattamente al fine di assolvere quest'ultimo compito, vengono riconosciuti al consiglio di sorveglianza poteri analoghi a quelli del collegio sindacale (al quale spetta, nel sistema tradizionale, il controllo sull'amministrazione); accanto ad essi si rinvengono funzioni di indirizzo che vanno dalla nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione, alla approvazione del bilancio di esercizio, alla promozione dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione fino, qualora previsto dallo statuto, alla deliberazione su operazioni strategiche, piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione (*ex* art. 2409-*terdecies* comma 1 lett. *f-bis* c.c.): con tale scelta statutaria « si attribuisce al consiglio di sorveglianza l'esame delle principali linee strategiche della società, ferma restando tuttavia la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti » (Id.). Addirittura, secondo un'accreditata interpretazione della norma appena citata, lo statuto potrebbe subordinare il compimento di determinate operazioni alla preventiva autorizzazione del consiglio di sorveglianza (Colombo). Quanto al regime delle responsabilità, sempre l'art. 2409-*terdecies* c.c. prevede che i componenti del consiglio di sorveglianza sono solidalmente responsabili con quelli del consiglio di gestione per i fatti o le omissioni di questi quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica (comma 3). Infine, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci « trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico » (art. 223-*septies* disp. att. c.c.), così estendendo — ai soggetti in parola — le responsabilità connesse ai reati societari.

Dal quadro così riassunto emerge la natura anfibia del consiglio di sorveglianza, il quale riassume in sé poteri, obblighi e responsabilità dei sindaci, sommandoli a funzioni di indirizzo strategico della società che, laddove lo statuto lo preveda, si avvicinano a vere e proprie competenze di amministrazione. Tutti indici sintomatici dai quali si evince vuoi una profonda commistione tra il ruolo di controllo e quello di gestione, vuoi un immanente conflitto di interessi: ne consegue una netta incompatibilità tra la funzione del consiglio di sorveglianza e quella dell'organismo di vigilanza.

Solo un rilievo, infine, sul sistema monistico e, soprattutto, sulla posizione del comitato per il controllo sulla gestione il quale, costituito all'interno del consiglio di amministrazione, svolge le funzioni del collegio sindacale (v. artt. 2409-*sexiesdecies* e 2409-*octiesdecies* c.c.). Le osservazioni non possono non essere critiche ricalcando, in parte, quelle già formulate nei confronti del collegio sindacale; come è stato sottolineato da autorevole dottrina, il nervo scoperto del sistema monistico consiste nel fatto che « i controllori sono direttamente nominati dai controllati, siedono insieme a questi ultimi e votano nel consiglio di amministrazione » (CAMPOBASSO). Poiché i requisiti fondamentali della funzione di vigilanza prevista dall'art. 6 sono rappresentati dalla indipendenza e dalla autonomia dell'organo deputato ad esercitarla, è evidente come la compenetrazione tra controllore e controllato sconsigli l'applicazione del precetto di cui al comma 4-*bis* della norma citata.

Per concludere, due appunti sulla l. n. 183 del 2011. In primo luogo, il metodo normativo adottato non è conforme allo scopo dichiarato, ovvero la semplificazione della struttura societaria e la riduzione dei costi degli apparati di controllo interno; piuttosto che ripensare, in termini complessivi, ad un riordino delle competenze dei molteplici organi e funzioni preposti al controllo endosocietario (per citarne solo alcuni: collegio sindacale, comitato controllo e rischi, organismo di vigilanza, *internal auditing*, fino al *compliance officer* e al *risk manager*), il legislatore ha rivolto l'attenzione solamente ai compiti dell'organismo di vigilanza, con l'effetto di sbilanciare verso l'ineffettività il sistema di prevenzione dei rischi derivanti da reato. Ma la considerazione decisiva rimane, in secondo luogo, quella sul contenuto

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

delle nuove disposizioni; collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione non vantano i necessari requisiti di indipendenza e di autonomia per svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza: pertanto, il comma 4-*bis* dell'art. 6 è da considerarsi alla stregua di una *norma invalida*. Nell'interpretazione più benigna la regola si limita a rimuovere un vincolo (la vigilanza sul modello organizzativo *può* essere ora affidata anche agli organi da essa elencati), ma ciò non implica che tale libertà si traduca in scelte adeguate. E, nelle società che intendano "beneficiarne", l'idoneità del modello organizzativo è messa a repentaglio per mancanza di uno dei requisiti principali (l'effettiva vigilanza su di esso può risultare compromessa dalla scelta di affidarla al collegio sindacale).

Da segnalare che un provvedimento della Banca d'Italia (« circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, 15° aggiornamento del 2 luglio 2013 ») ha stabilito, con riguardo alla « vigilanza prudenziale per le banche », che l'« organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza — eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti — che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo [...]. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione ». L'autorità di vigilanza impone dunque al settore bancario di affidare all'organo con funzioni di controllo — e, quindi, nella maggior parte dei casi, al collegio sindacale — le mansioni dell'organismo di vigilanza (in caso di scelta differente, i singoli istituti devono "adeguatamente" motivare sul punto). Con tale direttiva, il regolatore ha esposto consapevolmente le banche al rischio che l'esimente — con specifico riguardo ai requisiti di cui all'art. 6 comma 1 lett. *b* e *d* — non venga riconosciuta nel processo penale *contra societatem*. Probabilmente, la progressiva (ed inevitabile) cessione di poteri dalla Banca d'Italia alla Banca Centrale Europea ha indotto una sorta di "riflesso reattivo" della prima, che si è esplicitato proprio sull'asse dei rapporti tra autorità di vigilanza nazionale e collegi sindacali degli istituti di credito; non a caso, funzionari dell'*Authority* sottolineano — nel tentativo di giustificare la scelta compiuta — che l'organo con funzioni di controllo deve, ai sensi dell'art. 52 comma 1 t.u.b., « informare senza indugio [la Banca d'Italia] di tutti i fatti o gli atti di cui viene a conoscenza che possano costituire irregolarità » (Droghini - Consigliere; Capolino). Da un campione di banche analizzato, risulta che in circa il 60% dei casi il collegio sindacale

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

svolge anche il ruolo di organismo di vigilanza (DROGHINI - CONSIGLIERE); la direttiva della Banca d'Italia è stata dunque applicata: se sia da considerarsi un "successo", oppure un *boomerang*, lo stabilirà — in caso di processi per reati-presupposto a carico di istituti creditizi — l'accertamento giurisdizionale.

3. La composizione.

In sede di premessa si è evidenziato che il tratto distintivo *par excellence* dell'organismo di vigilanza è l'indipendenza, intesa alla stregua di una condizione riferibile, *in primis*, alla posizione dei suoi componenti (condizione che — è stato sottolineato — si riflette a sua volta sull'organo); come si ricorderà, costoro non devono trovarsi in situazioni di conflitto di interessi con l'azienda, non devono prestare — qualora siano soggetti esterni — attività di consulenza a favore della medesima, la loro collocazione organizzativa deve essere elevata, non devono dipendere dagli organi di gestione e, in ogni caso, non devono assolutamente identificarsi con questi ultimi (G.i.p. Trib. Roma 4 aprile 2003). È così rilevabile come il requisito in parola si definisca, *prima facie*, in via negativa, ovvero tramite l'individuazione di quelle figure o posizioni che *mai* potranno costituire l'organismo, pena la compromissione — tale è l'esito finale — della sua indipendenza. Questo profilo è ancora più apprezzabile se si riflette sul fatto che è l'organo di gestione a provvedere alla nomina dei componenti dell'organismo di vigilanza: le necessità di totale separatezza del controllore dal controllato sono quindi intuibili. Non solo. Spetta pure al vertice della gestione la definizione degli aspetti principali relativi al funzionamento dell'organo di controllo, quali le modalità di nomina e revoca, la durata in carica dei componenti, il compenso dell'incarico, le cause di scioglimento del rapporto. Del resto, proprio all'alta dirigenza compete valutare *se* adottare il modello; una volta assunta l'impegnativa decisione, è la legge ad imporre che la vigilanza sul modello venga attribuita ad un « organismo dell'ente » (art. 6 comma 1 lett. *b*); di qui la (giusta) enfasi nel porre in primo piano l'indipendenza dell'organo chiamato al controllo sul modello organizzativo.

Professionalità, assenza di responsabilità gestionali (*rectius*, di conflitto di interessi) e onorabilità sono i più importanti criteri in grado — una volta combinati tra loro — di orientare la selezione dei componenti dell'organismo di vigilanza. Riguardo al primo verranno in gioco le competenze nel settore dei controlli interni cioè quelle dei professio-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nisti dell'area giuridico-societaria (sia sul lato commercialistico, sia su quello penalistico) e degli esperti in materie aziendalistiche. Poiché del secondo e del terzo requisito si è già detto, non resta che illustrare — anche sulla scorta dell'esperienza applicativa — le seguenti opzioni per la composizione (collegiale) dell'organo di controllo; esso dovrebbe avvalersi:

a) di uno (o più) esperti — nelle materie sopra indicate — esterni all'azienda;

b) del responsabile (o di un alto dirigente) del servizio *audit* interno — cioè la funzione specializzata in materia di controlli — purché il medesimo non si trovi a soggiacere a vincoli di subordinazione e il suo ingresso nell'organismo sia finalizzato esclusivamente a garantire i flussi informativi;

c) di un soggetto preposto ai controlli interni (*risk manager*, *compliance officer*) a condizione che si operi una frattura dei suoi legami di subordinazione.

Da *escludere*, per l'insieme di ragioni ampiamente esposte (v., *supra*, § 2), l'opzione di designare un sindaco. Altrettanto vale per l'indicazione, come consulente "esterno", di un ex amministratore — a suo tempo con incarichi operativi — dell'azienda (si aggiunga che non basta un repentino "cambio di giacca", magari dopo il pensionamento, per garantire un controllo efficace sugli ex colleghi). Nemmeno l'amministratore della società di consulenza che ha redatto il modello organizzativo per l'ente dovrebbe essere nominato nell'organismo (è impensabile che costui possa vigilare, con animo distaccato, sul prodotto "confezionato e venduto" al proprio cliente). Non poco problematica — e fonte di divisioni in dottrina — l'opzione di cooptare nell'organismo membri del consiglio di amministrazione non muniti di delega (il conflitto di interessi tra controllore e controllato preclude tale via). Sconsigliata, infine, la scelta di nominare il legale — o il fiscalista — che ha assistito la società per un lungo periodo di tempo; identica conclusione vale per il revisore contabile (De Nicola). Queste ragioni ostative vantano un comune denominatore: il perseguimento della *concreta efficienza* del modello di organizzazione esige un controllo su di esso realmente indipendente (tant'è che la giurisprudenza ha ritenuto che l'assenza di indipendenza e professionalità dei componenti dell'organismo renda inidoneo il modello organizzativo adottato: G.i.p. Trib. Milano 20 settembre 2004; dello stesso tenore, in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, Corte ass. Torino 15 aprile 2011,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

confermata — limitatamente ai profili qui di interesse — da Id., sez. un., 24 aprile 2014, ThyssenKrupp).

Quanto all'alternativa tra una composizione caratterizzata dalla prevalenza di figure esterne — piuttosto che interne — all'azienda, non esiste un criterio unanimemente accolto; è comunque da scartare la soluzione di un organismo del tutto esterno, poiché è necessario l'apporto di "competenze *intramoenia*" in grado di fornire elementi conoscitivi sulla concreta organizzazione della società; dal lato opposto, un organismo di vigilanza costituito solo da figure aziendali rischia — non esistendo molte funzioni interne, realmente indipendenti, tra le quali attingere — di essere compromesso proprio sul piano dell'indipendenza medesima.

Per esigenze di completezza informativa vanno segnalati, infine, il d.lgs. 14 marzo 2014 n. 49 (« Attuazione della direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche [RAEE] ») e il d.m. 13 dicembre 2017 n. 235 (emanato dal ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare), il quale ha introdotto il *regolamento* « recante approvazione dello statuto-tipo dei Consorzi per la gestione dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) ». Il primo ha stabilito che lo « statuto-tipo » dei consorzi « assicur[i] » che essi si dotino di « adeguati organi di controllo, quali il collegio sindacale, l'organismo di vigilanza [...] ed una società di revisione indipendente » (art. 10 comma 5-*bis* del d.lgs. n. 49 del 2014); il provvedimento ministeriale, a sua volta, annovera tra gli « organi di controllo » del consorzio l'organismo di vigilanza (art. 16 comma 1 lett. *b* del d.m. n. 235 del 2017). In ordine alla composizione di quest'ultimo ("obbligatoriamente" collegiale), il regolamento si spinge a prescrivere che un membro sia nominato dal ministero dell'ambiente e un altro dal ministero dello sviluppo economico (« tra i propri dipendenti »: art. 18 comma 1 del cit. d.m.). Trattasi, all'evidenza, di una norma del tutto eccentrica al sistema del d.lgs. n. 231 del 2001 la quale, sul presupposto implicito che i consorzi in questione si siano dotati di un modello di organizzazione, impone una determinata composizione dell'organismo di vigilanza e la competenza (*rectius*, ingerenza) della pubblica amministrazione nelle nomine dei membri di quest'ultimo (le quali, come si ricorderà, sono di esclusiva pertinenza del singolo ente): la disposizione — di rango secondario — è pertanto illegittima.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

4. Nomina, durata in carica, revoca; regolamento interno; compenso dei componenti; risorse economiche (*budget*).

La legge tace su non poche delicate questioni che afferiscono alla indipendenza dell'organismo quali la nomina, la durata in carica e la revoca dei suoi componenti; esse dovranno pertanto essere disciplinate dal modello organizzativo. Le interpretazioni della dottrina suggeriscono talune soluzioni: vediamole.

Si è detto che la nomina dell'organismo di vigilanza spetta all'organo dirigente (nel sistema tradizionale il consiglio di amministrazione); ciò avviene con una delibera consiliare — motivata in ordine alla scelta dei singoli componenti — con la quale si regolano anche gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'organo di controllo e alle sue vicende evolutive; e ricade sempre sotto la responsabilità dell'organo dirigente la valutazione periodica circa l'adeguatezza dell'organismo di vigilanza, vuoi con riferimento alla struttura organizzativa, vuoi con riguardo ai poteri conferiti: di conseguenza, spetta al primo adottare le modifiche e le integrazioni ritenute necessarie (CRUCIANI-DI DIEGO-GENTILI-ZITO).

La durata dell'incarico dovrebbe essere predeterminata; dottrina e (consolidate) prassi non prevedono comunque limiti al rinnovo dei mandati dei componenti dell'organismo di vigilanza.

La revoca dei componenti della funzione in parola avviene per delibera del consiglio di amministrazione (e del provvedimento vanno informati il collegio sindacale e l'assemblea). La revoca può intervenire, generalmente, per ipotesi di giusta causa relative:

a) al grave inadempimento dei doveri di vigilanza e di verifica dell'efficace attuazione del modello;

b) ad una sentenza di condanna contro l'ente per il compimento di un reato-presupposto agevolato da una grave inerzia del componente dell'organo di vigilanza;

c) ad una sentenza di condanna contro il componente dell'organo per fatti connessi al suo incarico o comunque incidenti sulla sua onorabilità (v., *supra*, § 3);

d) a provvedimenti di interdizione, inabilitazione, fallimento nei confronti del predetto;

e) all'incompatibilità con l'incarico, dovuta a legami personali o rapporti professionali (o economici), tra il componente dell'organo e i soggetti sottoposti al suo controllo istituzionale;

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

f) al conflitto di interessi con la società sottoposta al suo controllo (Linee Guida Abi);

g) alle cause che comportano il venire meno del requisito della onorabilità (v., *supra*, § 3).

Dopo la nomina da parte dell'organo dirigente, l'organismo di vigilanza deve disciplinare il suo funzionamento tramite l'adozione di un regolamento, che ne assicuri tanto l'indipendenza, quanto un'efficace operatività. Nel sistema delle fonti normative aziendali il regolamento occupa una posizione di secondo livello rispetto al modello di organizzazione e, pertanto, le sue disposizioni non possono confliggere, bensì devono essere complementari e integrative dei precetti del *compliance program* (con esclusivo riguardo, come anticipato, ai profili inerenti all'attività dell'organismo).

Tra gli elementi principali del regolamento si possono individuare: la precisazione delle funzioni e dei poteri dell'organismo (e del suo presidente); le modalità di convocazione e le maggioranze necessarie per le deliberazioni; la frequenza delle riunioni ordinarie; la comunicazione e il rapporto diretto con ogni struttura aziendale; il coordinamento con altri organi sociali; l'acquisizione di informazioni e di dati dalle funzioni aziendali; la gestione delle segnalazioni di reati o irregolarità (ivi compresi i canali preposti a veicolare le medesime: art. 6 comma 2-*bis*); le funzioni ispettive; i presupposti per l'utilizzazione delle risorse economiche (*budget*); le modalità di verbalizzazione e di conservazione dei verbali delle riunioni.

La questione del compenso da attribuire ai componenti dell'organismo di vigilanza acquista rilievo per quanto concerne l'operato dei professionisti esterni (per i dipendenti dell'azienda vale il rapporto contrattuale in essere, sulla cui base si possono calcolare indennità *ad hoc*). In assenza di specifiche indicazioni di legge, si deve ritenere che il compenso da attribuire per l'incarico svolto — di natura onerosa — sia sempre predeterminato con esattezza dall'organo dirigente. Da censurare le prassi di bandi pubblici di selezione con l'invito, rivolto agli aspiranti componenti dell'organismo, a specificare l'emolumento richiesto per la propria prestazione professionale (sul presupposto che il vincitore sarà individuato in base all'"offerta" più bassa). Corretti, in ottica speculare, taluni approcci della magistratura inquirente che, al fine di valutare la continuità d'azione dell'organismo (con intuibili riflessi sull'adeguatezza dei controlli sul modello organizzativo), soppesano l'entità (*rectius*: la congruità) del compenso riconosciuto ai suoi componenti. Per la quantificazione è possibile ricorrere, alla luce di una

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

certa analogia di funzioni, ai parametri utilizzati per la remunerazione dei sindaci. Non è in ogni caso opportuna « l'attribuzione di premi o altro tipo di retribuzione in misura variabile » (agganciata, per esempio, agli utili della società) in quanto l'indipendenza dell'organo esclude qualunque coinvolgimento nelle *performance* realizzate dalla gestione; nemmeno possono essere stabilite correlazioni tra attività concretamente svolta dall'organismo ed erogazione del compenso: l'unico rimedio all'eventuale inerzia dell'"ufficio interno" è la sua revoca (per giusta causa).

Infine, la funzione in oggetto deve disporre di risorse economiche adeguate (*budget* annuale) — accantonate e messe a disposizione dall'organo di gestione — alle quali attingere per compiere verifiche che richiedono professionalità altamente specialistiche, laddove queste non siano presenti in capo all'organismo di vigilanza (si pensi ai reati connessi alla sicurezza sul lavoro o alla tutela dell'ambiente); in realtà aziendali complesse, il *budget* a disposizione della funzione di controllo è (un) indice della sua reale autonomia.

5. I compiti di vigilanza.

Prima di capire in cosa consiste l'attività di vigilanza dell'organismo occorre fare un breve cenno alla sistematica dei controlli interni. La dottrina aziendalistica li distingue in controlli di primo, secondo e terzo livello, e concernono:

a) il corretto svolgimento delle operazioni; sono svolti vuoi dalle stesse strutture produttive (controllo di tipo gerarchico interno), vuoi nell'ambito dell'attività di *back office* (nel settore degli intermediari finanziari); sovente si avvalgono dell'informatica (con blocchi imposti dai *software* in caso di anomalie); questo è il controllo di *primo livello* (altrimenti detto "di linea");

b) la definizione dei metodi di misurazione del rischio, la verifica del rispetto dei limiti assegnati alle varie funzioni operative e il controllo sulla coerenza dell'operatività delle singole aree produttive con gli obiettivi di rischio e di rendimento assegnati (compito attribuito al *risk management*); la definizione dei metodi di valutazione del rischio di conformità, l'individuazione delle idonee procedure per la prevenzione dei rischi rilevati e la richiesta della loro adozione (di competenza della funzione *compliance*); la definizione dei metodi per prevenire le operazioni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nonché la verifica dell'idoneità del sistema dei controlli interni e delle procedure

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

adottato, allo scopo di assicurare un adeguato presidio dei rischi (funzione *antiriciclaggio*); la verifica che l'informazione contabile societaria corrisponda ai requisiti di legge (dirigente *preposto al controllo contabile*); la sorveglianza sul rispetto delle disposizioni del *Regolamento generale sulla protezione dei dati* (GDPR), effettuata dal responsabile in materia (negli enti privati che lo hanno nominato); trattasi del controllo di *secondo livello*;

c) l'individuazione degli andamenti anomali, la violazione delle procedure e dei regolamenti, la valutazione circa la funzionalità del sistema complessivo dei controlli interni; tale controllo è connotato da continuità di azione ed è appannaggio di strutture diverse e indipendenti da quelle produttive (funzione di *internal audit*); è il controllo di *terzo livello*.

Al vertice di questa piramide si colloca l'organo di gestione — nel sistema tradizionale, il consiglio di amministrazione — e la struttura di controllo enucleata al suo interno (comitato di controllo interno, composto da amministratori).

Veniamo dunque ai compiti di controllo affidati all'organismo di vigilanza. Questi hanno per oggetto i « processi dei rischi di reato specifici per la gestione » dell'impresa, i « controlli di linea appositamente istituiti », l'impegno « all'attività di controllo dei responsabili delle diverse aree funzionali », il rispetto dei protocolli adottati, l'adeguatezza della « strumentazione di supporto e del modello organizzativo nel suo complesso », la « revisione del modello stesso, una volta riscontratane l'obsolescenza » (BASTIA).

Le funzioni dell'organismo di vigilanza vanno inscritte in una cornice di mera sorveglianza; l'aspetto qualificante « è da intravedere nella *esclusività di azione*: l'organo, cioè, deve *continuativamente* svolgere *solo* la funzione di sorveglianza assegnatagli », rimanendo ad esso « *estraneo un potere operativo-impeditivo sul piano gestionale*: l'organismo di controllo, una volta venuto a conoscenza di operazioni a rischio-reato, non vanta il potere di sostituirsi ai soggetti apicali, ma deve riferire al vertice perché paralizzi le potenziali illegalità » (PIERGALLINI); in altre parole, il controllo esercitato da questa funzione è « esclusivamente sul *sistema di regole* cautelari [cioè sul modello] e *non* sugli atti gestori »; gli compete « il *rispetto* delle regole *di prevenzione* dei reati, *non l'impedimento* dei reati stessi » (FUSCO - PALIERO; Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401). E ciò ha importanti ricadute per quanto concerne la non configurabilità della responsabilità penale dei componenti dell'organismo per non avere impedito l'evento.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'organismo di vigilanza deve, inoltre, disporre verifiche periodiche sulle attività e sulle operazioni individuate nelle aree a rischio; raccogliere ed elaborare le informazioni rilevanti circa il rispetto del modello ed esaminare le relazioni dei responsabili di unità operative al fine di individuare eventuali carenze o violazioni del modello; vigilare sulla adeguatezza e sull'aggiornamento dei protocolli rispetto alle esigenze di prevenzione dei reati; vigilare sul sistema delle deleghe, allo scopo di controllare la coerenza tra i poteri conferiti e le attività espletate concretamente; effettuare verifiche relative al grado di conoscenza e alla comprensione del modello da parte del personale (tramite, ad esempio, l'uso di interviste a campione); valutare le segnalazioni di eventuali violazioni o inosservanze del modello nonché condurre autonome indagini intese ad accertare le suddette; proporre alla funzione aziendale competente l'avvio del procedimento per l'irrogazione delle sanzioni previste dal sistema disciplinare.

In ordine alla verifica dell'efficacia del modello, l'organo di vigilanza effettua le ricognizioni dell'attività aziendale finalizzate all'aggiornamento della mappatura delle attività aziendali a rischio (di commissione di illeciti) e dei relativi processi sensibili; promuove inoltre le iniziative idonee per la diffusione e la conoscenza delle prescrizioni del modello tra il personale dell'azienda; si coordina con la funzione aziendale preposta per la definizione dei programmi di formazione (per il personale) orientati alla sensibilizzazione e alla conoscenza dei contenuti del d.lgs. n. 231 del 2001; predispone ed aggiorna le informazioni rilevanti per una piena e consapevole adesione alle regole di condotta dell'ente (Cruciani-Di Diego- Gentili-Zito).

La sua attività di vigilanza è quindi parificabile ad un controllo di *terzo livello*, caratterizzato da una lontana parentela con quello svolto dall'*internal audit*, tant'è che l'organismo in parola si avvale della struttura di quest'ultimo (ove, beninteso, istituito dall'azienda) per la concreta attuazione dei controlli *in loco* e delle verifiche specifiche.

In vista dell'espletamento dei compiti di vigilanza e di verifica l'organismo *de quo* elabora un piano annuale delle verifiche (altrimenti denominato "piano di azione" o "piano operativo"). In esso sono specificate le attività ispettive che l'organo intende compiere nel corso dell'anno sull'adeguatezza e sul funzionamento del modello; trova qui altresì spazio la disciplina dell'attività di verifica dei responsabili di unità operative/organizzative oltre che il suo coordinamento con l'azione dell'organo di vigilanza stesso. Particolare attenzione sarà riservata alle attività a rischio, alle variazioni dell'assetto organizzativo o

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'attività dell'ente, alle eventuali modifiche della normativa di riferimento, alle segnalazioni da parte dei responsabili di unità operative circa le necessità di aggiornare la mappatura di rischio, alla valutazione dei controlli effettuati e ai riscontri delle attività pianificate, cioè il così detto *follow up* (CRUCIANI-DI DIEGO-GENTILI-ZITO).

Come anticipato, l'organismo di vigilanza deve disporre di un *budget* annuo idoneo ad assumere le decisioni di spesa necessarie per assolvere alle proprie funzioni di iniziativa e di controllo; esso è quantificato ed accantonato con una delibera del consiglio di amministrazione, sulla base di una proposta formulata dall'organo di controllo. L'ammontare della cifra così stabilita non deve tuttavia tramutarsi in un vincolo di rigidità per l'organismo il quale, di fronte a situazioni di emergenza, deve potere sostenere spese non coperte dal capitolo dedicato; si pensi, per esempio, ad una verifica su decisioni o comportamenti del consiglio di amministrazione: l'organo di controllo deve potersi rivolgere a consulenti esterni e, successivamente, motivare la richiesta di risorse *extra budget* finalizzate a remunerare questi ultimi.

Alla luce di quanto fin qui esposto si desume che la locuzione « poteri di iniziativa e di controllo » (art. 6 comma 1 lett. *b*) sottende vuoi *prerogative di azione* (possibilità di accedere ed ottenere informazioni sensibili, predisposizione di piani di verifiche annuali, effettuazione di ispezioni interne, sollecitazioni per l'aggiornamento del modello organizzativo, proposte di formazione del personale: per l'appunto, *iniziative*), vuoi *compiti di monitoraggio*, molto spesso realizzati sulla base delle informazioni che, in ossequio alle disposizioni del modello, devono essere fornite — con regolare periodicità oppure in presenza di indici di anomalia (si pensi all'antiriciclaggio) o in situazioni critiche non prevedibili — all'organismo di vigilanza (in ciò consiste il significato del termine *controllo*).

6. (*Segue*): effettività della vigilanza e flussi informativi.

L'ultimo aspetto esaminato è intimamente connesso alla *effettività* della vigilanza dispiegata dall'organo a ciò deputato: un requisito desumibile dal sistema, più che da un'esplicita proposizione normativa. L'art. 6 richiede — infatti — che:

1) non vi sia stata « omessa o insufficiente vigilanza » (comma 1 lett. *d*) da parte dell'organismo;

2) il modello preveda « obblighi di informazione » nei confronti della suddetta funzione (comma 2 lett. *d*).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Il senso della seconda disposizione è intuibile. L'effettività dell'azione dell'organismo di vigilanza dipende, per buona parte, dalla piattaforma cognitiva a disposizione del medesimo. Solo grazie ad una corretta disciplina dei flussi informativi tra esso e i soggetti controllati e, in particolare, « alle informazioni ed alle segnalazioni trasmesse all'organismo di controllo per il monitoraggio dei rischi di illecito e l'indicazione di anomalie e criticità » (BASTIA), è possibile rimuovere i problemi connessi alle violazioni del modello organizzativo adottando gli opportuni provvedimenti e — laddove se ne presentino i presupposti — anche le sanzioni disciplinari (di competenza dell'organo di gestione) ritenute adeguate al caso. L'esplicita previsione dei suddetti « obblighi di informazione » costituisce, in altre parole, un presidio vitale per il corretto ed efficace adempimento dei compiti dell'organismo di vigilanza. I flussi informativi hanno ad oggetto tutte le informazioni e i documenti che devono essere portati a conoscenza di quest'ultimo, secondo quanto contemplato dai *protocolli* adottati nella specifica realtà aziendale (ritiene che la violazione degli obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza debba essere specificamente sanzionata, G.i.p. Trib. Napoli 26 giugno 2007).

Si è ritenuto che l'obbligo informativo — in capo alle funzioni aziendali a rischio di reato — riguardi le risultanze periodiche dell'attività di controllo posta in essere dalle funzioni stesse per dare attuazione ai protocolli (*report* riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi) o, ancora, le anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle operazioni sottoposte a controllo. Alcune tipologie di informazioni riguardano, per esempio, le decisioni relative alla richiesta, all'erogazione e all'utilizzo di finanziamenti pubblici; le richieste di assistenza legale, provenienti da dirigenti e dipendenti, in ordine a procedimenti penali per i reati-presupposto; i provvedimenti dell'autorità giudiziaria dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche contro ignoti, sempre per i reati-presupposto della responsabilità dell'ente; le relazioni delle commissioni di inchiesta o altre relazioni interne dalle quali emergano responsabilità per un illecito; le notizie relative alla effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, del modello organizzativo; i prospetti riepilogativi degli appalti affidati a seguito di gare nazionali o europee, ovvero di trattativa privata; le notizie relative a commesse attribuite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA); le segnalazioni circostanziate — da parte di apicali o subordinati — di condotte illecite, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione e le notizie circa la violazione del divieto di atti di ritorsione o discri-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

minatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione (arg. *ex* art. 6 comma 2-*bis* d.lgs. n. 231 del 2001 e d.lgs. n. 24 del 2023 in materia di tutela dell'identità del segnalante).

In ambito bancario si è anche istituito « un obbligo di riporto funzionale », a carico dei responsabili delle unità operative, i quali dovranno riferire all'organo di vigilanza « semestralmente sull'attività svolta (controlli effettuati, modifiche suggerite a seguito di variazioni dell'attività o delle procedure operative, segnalazioni di eventuali nuove attività o modalità idonee a realizzare ipotesi di reato [...]), mediante una relazione scritta »; e « tempestivamente » in caso « di gravi anomalie nel funzionamento del [m]odello o di violazioni di prescrizioni dello stesso » (Unicreditgroup). Riveste dunque decisiva importanza la scelta di incaricare i responsabili di unità operative e/o organizzative del compito di effettuare, con continuità, le verifiche sul rispetto del modello e sull'adeguatezza dello stesso: tali soggetti sono stati individuati come coloro che hanno la responsabilità operativa di ciascun settore di attività — nel quale sono state riconosciute sussistenti ipotesi di rischio di commissione dei reati-presupposto — e che hanno concorso a definire i protocolli idonei a presidiare siffatti rischi. Di più: l'istituzione (e la nomina) dei responsabili di unità operative (e/o organizzative) garantisce una più concreta, e perciò efficace, possibilità di attuazione del modello, costituendo costoro un effettivo anello di congiunzione, operativo e informativo, tra l'organismo di vigilanza e i settori d'impresa nell'ambito dei quali sono stati individuati profili di rischio.

Quanto all'altro presupposto, per escludere — ai fini della prova dell'esimente — che l'attività di vigilanza abbia patito omissioni o insufficienze (art. 6 comma 1 lett. *d*), occorrerà guardare a plurimi fattori. Una volta verificata la congruità dei flussi informativi, cioè a dire che l'organismo di controllo sia stato posto (dagli amministratori) nella condizione di vigilare al meglio, l'attenzione si deve rivolgere a indici *qualitativi* quali, per esempio, la bontà del piano delle verifiche annuali, l'accuratezza adoperata nel vaglio delle informazioni ricevute, l'iniziativa istruttoria per reperire e/o richiedere quelle reputate necessarie ancorché non spontaneamente fornite dai responsabili di area, l'attenzione riservata alla formazione del personale e quella rivolta all'aggiornamento del modello. Questi parametri andranno incrociati con dati *quantitativi* quali — *in primis* — il numero di riunioni dell'organismo di vigilanza svolte nel corso dell'anno solare (o dell'esercizio) e la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

regolare cadenza dei controlli realizzati; come si ricorderà, la *continuità di azione* è uno dei requisiti fondamentali dell'organismo: anche se non è possibile stabilire un numero minimo (valido per tutte le realtà) di riunioni da svolgere, ciò non toglie che una frequenza attestata su una o due occasioni annuali — come non di rado si riscontra nella prassi — sia la cartina di tornasole di una vigilanza inesistente (ritiene che la continuità d'azione consista in un impegno esclusivo nella vigilanza relativa alla concreta attuazione del modello, G.i.p. Trib. Roma 4 aprile 2003, cit.). Un ulteriore parametro valutativo dell'effettività della vigilanza è — come si ricorderà — quello del *compenso* attribuito ai componenti dell'organismo: emolumenti sviliti a poco più di un "rimborso spese", o comunque incongrui, preludono a controlli di mera facciata.

L'attività dell'organismo in parola deve, in ogni caso, rispondere ad un « elevato livello di formalizzazione »: vanno quindi redatti « verbali scritti delle sedute e delle attività di controllo condotte, al fine di lasciare tracce chiare ed esaurienti dei presidi di controllo realizzati » (Bastia); è indispensabile che le attività di vigilanza — così come quella rivolta ad aggiornare il modello — rispondano dunque al requisito della *tracciabilità*. Le procedure di vigilanza e i risultati ottenuti confluiranno nella relazione annuale al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale. E se l'appropriatezza dei flussi informativi rappresenta la *condicio sine qua non* dell'attività di vigilanza, la formalizzazione periodica di quest'ultima costituisce l'indice primario della sua continuità nel tempo: solo muovendo da questa prospettiva è possibile soddisfare il canone probatorio (*ex* art. 6 comma 1 lett. *d*) che esige la dimostrazione dell'inesistenza di omissioni o lacune nell'esercizio della vigilanza da parte dell'organismo *ad hoc*. Controllo sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo, e sua manutenzione — si allude qui sempre ai presupposti dell'esimente di cui all'art 6 —, non possono in ogni caso prescindere, nella prospettiva dell'onere probatorio che incombe sulla *societas* nel processo penale, da una specifica ritualità delle cadenze e delle relative forme.

Occorre infine ritornare, seppure con un fugace cenno, al tema della sfera cognitiva dell'organo di vigilanza; l'effettività del controllo va di pari passo tanto con la completezza quanto con l'*affidabilità* delle conoscenze a disposizione di chi lo esercita; ciò presuppone che le informazioni trasmesse dal personale dipendente siano acquisite con modalità tali (canali riservati) da garantire la riservatezza della fonte e, in ogni caso, l'immunità da conseguenze negative di ogni tipo nel

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

rapporto lavorativo con l'azienda (in giurisprudenza era stata rimarcata la necessità che il modello specifichi le modalità in questione: G.i.p. Trib. Milano 20 settembre 2004, cit.). Strettamente connesso al suddetto profilo era il delicato tema del *whistleblowing*, cioè la "soffiata" del dipendente che segnala comportamenti illeciti del collega. Come è stato illustrato (cap. VII, § 6), il d.lgs. n. 24 del 2023 ha completamente rivisitato la disciplina in materia: nel vigente testo dell'art. 6 è sopravvissuta una sola disposizione (il comma 2-*bis*, peraltro riformulato dal decreto del 2023) che demanda al modello organizzativo la regolamentazione dei canali di segnalazione interna, del divieto di ritorsione e del sistema disciplinare. Compete all'organismo controllare la corretta predisposizione dei canali riservati di segnalazione delle notizie, valutare le segnalazioni pervenute (indicando all'organo di gestione sia quelle fondate, sia quelle infondate, per l'adozione dei provvedimenti disciplinari di competenza), vigilare sul rispetto del divieto di atti di ritorsione contro il segnalante (per approfondimenti v., *supra*, cap. VII, § 6).

7. La cura dell'aggiornamento del modello.

L'art. 6 comma 1 lett. *b* assegna all'organo di vigilanza anche il compito di « curare l'aggiornamento » del modello. La necessità di revisione può derivare dal riscontro di significative violazioni delle prescrizioni del medesimo, dalla commissione di uno o più reati-presupposto, da rilevanti modificazioni dell'assetto interno della società (trasformazioni, fusioni, scissioni) o delle modalità di svolgimento dell'attività d'impresa, da innovazioni legislative (inserimento di nuovi reati-presupposto).

L'interpretazione dell'espressione « curare... [l']aggiornamento » si snoda tra due approcci alquanto distanti tra loro; da un lato, quello vòlto a identificare tale incombenza con la responsabilità diretta, e "in prima persona", dello svolgimento di tale compito, assimila l'organo di controllo a quello gestorio, con l'effetto di incrementarne a dismisura le incombenze e, di conseguenza, anche le responsabilità; dal lato opposto, la lettura che confina l'organismo di vigilanza nel ruolo di controllore *ex post* dell'opera di aggiornamento, svolta da altre funzioni aziendali, conduce allo svilimento del *dovere* — prescritto dalla legge — in un'incombenza pressoché notarile. Entrambe le letture esulano dal contesto, letterale e sistematico, della disposizione legislativa in oggetto.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Una soluzione preferibile si colloca tra i due poli citati, nella prospettiva dello stretto coordinamento dell'organismo di vigilanza con gli organi delegati alla mappatura del rischio e all'adeguamento dei protocolli organizzativi. Nella prassi, gli enti costituiscono un gruppo di lavoro nel quale possono entrare a fare parte — secondo l'articolazione e complessità aziendale — più funzioni: dall'*audit* al servizio organizzazione, dal *risk manager* al *compliance officer*. All'organismo di vigilanza spetta contribuire a definire la metodologia dell'autovalutazione dei rischi, consigliare l'approfondimento della relativa mappatura per determinate aree sensibili e indicare la necessità di nuovi e più adeguati protocolli sulla base delle evidenze emerse durante la sua attività di vigilanza sul modello. Su questo sentiero il ruolo dell'organismo di vigilanza non viene esaltato, al punto di allinearlo a quello delle funzioni operative — non si può infatti pretendere che i suoi componenti condividano, direttamente e quotidianamente, il così detto *self assessment* o la redazione dei protocolli —, ma nemmeno risulta immiserito a partecipatore di determinazioni altrui o relegato a svolgere un contraddittorio *ex post*. L'interpretazione sistematica del d.lgs. n. 231 del 2001 non autorizza a ritenere che l'aggiornamento del modello possa prescindere dal coinvolgimento, fin dalle fasi iniziali, dell'organismo di vigilanza; questo è l'organo al quale l'art. 6 demanda tale compito: pertanto, esso non può limitarsi, stando al tenore della vigente disposizione, a recepire il lavoro istruito da altri uffici e funzioni aziendali, apponendovi — *ex post* — un timbro certificatorio.

De iure condendo, l'organismo di vigilanza dovrebbe *vigilare* sull'opera di revisione, sollecitandola in caso di inerzia dell'organo di gestione, nella stessa prospettiva con cui è chiamato a « vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli » (art. 6 comma 1 lett. *b*); trattasi di una interpretazione, non letterale ma coerente al sistema, la cui correttezza andrebbe avvalorata da una (necessaria) modifica del dettato normativo sul punto specifico.

8. Rapporti con altri organi dell'ente e obblighi di "riporto".

L'organismo di vigilanza ha altresì il compito di fornire chiarimenti a tutte le unità organizzative aziendali sul significato e sulla applicazione del modello organizzativo: esso è, per così dire, una sorta di "consulente interno" in materia.

La funzione in parola dovrebbe poi coordinarsi — per lo scambio di informazioni di comune interesse — con gli organi e uffici che

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

svolgono mansioni di controllo: dal collegio sindacale al comitato controllo e rischi (laddove istituito nelle società quotate), dal *risk manager* al *compliance officer*, dalla funzione antiriciclaggio al responsabile per la protezione dei dati (*data protection officer*: DPO), dalla funzione deputata alla redazione del bilancio alla società incaricata della revisione. Ai fini della prevenzione dei rischi di reato di corruzione (v. art. 25), è altresì essenziale — negli enti di diritto privato in controllo pubblico — un costante flusso informativo con il responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza (RPCT).

Questi scambi di informazioni e rapporti sono riconducibili alle così dette buone prassi aziendali, come tali rimesse alla volontà di cooperazione reciproca tra i singoli attori del controllo interno; dal canto suo il modello organizzativo prevede determinati *obblighi* di "riporto" in capo all'organismo di vigilanza. Più in dettaglio, gli sono generalmente assegnate due linee di *reporting* verso taluni organi dell'ente: una, a carattere continuativo, in tutti i casi in cui il vertice dell'apparato dirigente lo ritenga necessario; l'altra, su base annuale (o semestrale o, talvolta, con frequenza più elevata), attraverso una relazione scritta in ordine allo stato di attuazione del modello organizzativo, da presentare all'organo dirigente e al collegio dei sindaci. L'approvazione del bilancio è la sede più opportuna nella quale l'organismo di vigilanza riferisce sull'attuazione del modello di organizzazione e gestione.

9. L'organismo di vigilanza nel gruppo di imprese.

Come si è visto, il fenomeno del gruppo di imprese esige che la prevenzione del rischio di reato risulti plasmata sulle peculiarità delle singole compagini societarie (v., *supra*, cap. VII, § 14); ciascuna di esse ha pertanto l'onere di dotarsi di un modello di organizzazione e di gestione *ad hoc*. Specularmente, l'istituzione e l'attività dell'organismo di vigilanza deve soddisfare le esigenze connaturate al controllo della *specifica realtà aziendale*; il fatto che presso la *controllante* sia istituito un organismo di vigilanza faciliterà indubbiamente il coordinamento dei piani e degli obiettivi di controllo *comuni* all'intero gruppo e, di conseguenza, il raccordo tra gli organi deputati a tale funzione. In particolare, gli organismi di vigilanza, nominati all'interno di ciascuna società, potranno talvolta assumere sagome semplificate e, nei contesti meno complessi, addirittura unipersonali. Con una precisazione importante: poiché l'art. 6 comma 1 lett. *b* prescrive la costituzione di un

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« organismo dell'ente » non è configurabile — né ammissibile — un esercizio delle funzioni tipiche dell'organo di controllo della controllata da parte di quello istituito presso la capogruppo. In altre parole, ad un modello organizzativo "individualizzato" deve corrispondere una altrettanto "individualizzata" funzione di controllo sul medesimo che non può essere assolta dall'organismo di vigilanza "centrale", impossibilitato, per la sua collocazione, a cogliere ed analizzare le problematiche — cioè i rischi di reato — che possono sorgere in "periferia".

Si può allora prefigurare un quadro generale in cui, in funzione « della crescente diversità, della maggiore dimensione organizzativa, strutturale, operativa della singola partecipata, ovvero in ragione dell'eterogeneità dell'attività economica esercitata, l'[organismo di vigilanza] della controllata/collegata presenterà caratteri di autonomia e indipendenza di crescente intensità, una maggiore discrezionalità tecnica ed operativa nell'azione di prevenzione dei reati tipici con particolare attenzione a quelli che risultano i rischi-reato dell'impresa vigilata » (Bartolomucci). Ne deriva che l'organismo di vigilanza della capogruppo *non è gerarchicamente sovraordinato* agli omologhi organismi delle singole società (e tantomeno può imporre a queste ultime di calibrare i rispettivi modelli organizzativi tra loro o di adeguarli alle direttive di *holding*: v. Sfameni); come si è detto, la capogruppo — generalmente lontana dalle specifiche realtà operative aziendali — non è in grado di rilevarne le peculiari esigenze preventive, di monitorare l'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento, di irrogare le sanzioni disciplinari per la sua inosservanza (Amodio).

Resta di certo ferma l'esigenza di un coordinamento tra gli organismi di vigilanza delle società del gruppo, specie in contesti omogenei sotto i profili dell'attività economica e della struttura organizzativa e regolamentare; così, quello in seno alla capogruppo può fornire indicazioni (ad esempio, sul tipo di verifiche da compiere) agli omologhi organismi delle controllate, può cercare di uniformarne le attività di controllo (consigliando all'amministratore di inserire i dirigenti del servizio *audit* nei singoli organismi, con funzioni di "ufficiali di collegamento" tra centro e periferia), ma — occorre ribadirlo — gli resta precluso ingerirsi, surrogarsi o imporre direttive agli organismi di vigilanza delle controllate.

Con riguardo poi alla composizione soggettiva degli organismi di vigilanza delle società del gruppo, la prassi applicativa testimonia la riproposizione delle esperienze in materia di consigli di amministrazione, nei quali si assiste — con vari abbinamenti — alla presenza di singoli amministratori in più contesti societari; molto spesso si riscontra

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la presenza delle identiche persone fisiche — soprattutto il responsabile dell'*audit* e il consulente esterno — in tanti organismi quante sono le società del gruppo; resta imprescindibile che detti uffici risultino « correttamente inquadrati nelle rispettive società, siano nominati dai rispettivi organi dirigenti, sorveglino i rispettivi modelli organizzativi, partecipino dei rispettivi flussi informativi » (LECIS).

In conclusione, così come i modelli di organizzazione anche gli organismi di vigilanza conservano — nelle realtà di gruppo — uno spiccato tasso di individualità e di indipendenza, il quale costituisce, a sua volta, estrinsecazione dell'autonomia che caratterizza, nell'attuale panorama della normativa societaria, le singole controllate nei confronti del vertice.

10. L'organismo di vigilanza nella piccola impresa.

La realtà delle piccole imprese si contraddistingue per caratteristiche tali da richiedere un adattamento delle disposizioni volte alla prevenzione del rischio penale di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. Non a caso, l'art. 6 comma 4 dispone che, negli enti di ridotte dimensioni, i compiti dell'organismo di vigilanza « possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente ».

A prescindere dai criteri ermeneutici da utilizzare per una corretta individuazione della soglia dimensionale che caratterizza le imprese in parola e, di conseguenza, la tipologia del modello organizzativo di cui queste devono dotarsi, un dato empirico, del tutto inequivocabile, è che tali enti, per dimensione e semplicità della struttura organizzativa, non dispongono di una funzione (o persona) con compiti di monitoraggio del sistema di controllo interno. E, per queste aziende, « l'onere derivante dalla istituzione di un organismo *ad hoc* potrebbe non essere economicamente sostenibile » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA).

Resta fermo il fatto che l'identificazione dell'organo idoneo a ricoprire tale funzione si è rivelata — ad oggi — quantomeno problematica. In dottrina, taluno ha evidenziato come il riferimento all'« organo dirigente » precluda l'utilizzo del sindaco — laddove esistente — o di altro organismo equipollente; *a fortiori*, dovrebbe escludersi il conferimento dell'incarico di vigilanza « all'amministratore che sia anche socio (specie di comando) della società, giacché il cumulo della posizione di proprietario ed imprenditore, nonché di gestore e controllore risulterebbe assolutamente inconciliabile con l'operatività e la funzionalità del modello » (BARTOLOMUCCI). L'indicazione più frequente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

è nel senso di ricorrere a professionisti esterni: ciò, in ragione delle « molteplici responsabilità ed attività su cui quotidianamente l'organo dirigente deve applicarsi » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA). In tale caso, va tenuto fermo il postulato per cui « i compiti delegabili all'esterno sono quelli relativi allo svolgimento di tutte le attività di carattere tecnico, fermo restando l'obbligo del professionista esterno di riferire all'organo dell'ente »; una precisazione dovuta, posto che « l'affidamento di questo tipo di delega non fa venir meno la responsabilità dell'organo dell'ente in ordine alla funzione di vigilanza ad esso conferita dalla legge » (LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA).

Riassumendo, va compiuta una scelta in grado di contemperare, di volta in volta, l'efficacia del controllo con la semplificazione del medesimo. La prima condizione può essere infatti gravemente compromessa laddove, nelle società unipersonali, controllore e controllato coincidano: ciò a causa, va da sé, dell'immanente conflitto di interessi presente; un'alternativa — quasi obbligata — è quella di affidare a un soggetto diverso dall'amministratore i compiti di vigilanza. Dal canto suo, l'obiettivo di semplificazione può essere perseguito con l'istituzione di un organismo di vigilanza monocratico, impersonato da un consulente esterno, con la collaborazione del datore di lavoro o di un suo dipendente: questa rappresenta, probabilmente, la soluzione più appagante (anche se resta adombrabile la possibilità di conferire l'incarico ad un dipendente del datore di lavoro). Qualunque sia l'ipotesi prescelta, essa si risolve in un'ortopedia fortemente correttiva del dato legislativo.

Laddove istituito, l'organismo di vigilanza dovrà assicurare — anche in questo particolare contesto — l'espletamento dei propri compiti: tra questi, fissare un calendario delle attività di controllo e, aspetto fondamentale, verbalizzare sempre queste ultime.

11. La responsabilità penale dei componenti; l'eliminazione degli obblighi informativi e della responsabilità nella normativa antiriciclaggio.

L'interpretazione delle disposizioni in materia di attività e compiti dell'organismo di vigilanza porta a ritenere che a quest'ultimo siano devoluti esclusivamente poteri di verifica e controllo o, al più, propositivi. In tal senso depongono, in primo luogo, il tenore letterale delle norme (che prescrivono — come si ricorderà — compiti sia di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello, sia di aggiornamento del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

medesimo: art. 6 comma 1 lett. *b*) e, in secondo luogo, l'inquadramento sistematico del ruolo dell'ufficio — il quale va inteso « in termini esclusivi di potere-dovere di *accertamento* »; ne deriva che devono ritenersi « estranei all'organismo di vigilanza, poteri di intervento *impeditivi* nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti » (SFAMENI). Il controllo (e l'aggiornamento) sul modello lascia impregiudicato un dato di fondo: le decisioni definitive in materia competono — comunque e sempre — ai soli amministratori; costoro sono gli unici detentori del potere di decidere se adottare il modello organizzativo, se adeguarlo laddove si manifestino carenze, se aggiornarlo in caso di sopravvenute necessità.

Dalla suddetta premessa discende la risposta negativa al quesito circa la prefigurabilità, a carico dei componenti dell'organismo di vigilanza, di una responsabilità penale, per il mancato esercizio delle funzioni di controllo e di vigilanza, ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p. (« non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo »). L'obbligo di impedire l'evento è connesso all'esistenza di una specifica posizione di garanzia del controllore nei confronti di un determinato bene giuridico: come si è evidenziato, *non esiste* in capo all'organismo di vigilanza *un obbligo giuridico di impedire la commissione dei reati dolosi e colposi* — di cui agli artt. 24 ss. — che un (efficace) modello di organizzazione e di gestione dovrebbe prevenire, in quanto all'organo in parola sono devoluti, per l'appunto, esclusivamente compiti di controllo sul funzionamento e sull'osservanza (nonché di aggiornamento) del modello medesimo (incidentalmente, in materia di infortuni sul lavoro, v. Cass. 20 gennaio 2016, n. 18168; quanto all'esclusione che la responsabilità dell'ente trovi fondamento nell'art. 40 comma 2 c.p., v. Id. 18 dicembre 2013, n. 4677; un corollario del *dictum* della, più volte richiamata, Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401, è che risulta « fugato ogni dubbio e dissolta ogni suggestione circa la possibilità di ravvisare in capo ai componenti dell'organismo di vigilanza un *potere* di sorveglianza/controllo, e, conseguentemente, di costituire una *posizione di garanzia* [...]; senza *potere* non ci può essere *dovere* »: così, FUSCO - PALIERO; analogamente, PIERGALLINI).

Ben diverso il caso — da tenere distinto da quello di cui qui si discute — che concerne un'attività di vigilanza rivelatasi inadeguata o insufficiente. La responsabilità dei componenti dell'organo di controllo è di matrice contrattuale, nei confronti della società (e non extracontrattuale, nei riguardi di terzi); le obbligazioni dei componenti dell'organismo di vigilanza sono di mezzo — e non di risultato (l'organismo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

vigila infatti sul modello ma non può prevenire i reati) — con la conseguenza che sarà onere della società provare, nel processo civile, sia la negligente esecuzione della prestazione professionale, sia il rapporto causale tra inadempimento e danno patito (cioè l'irrogazione di sanzioni penali) (De Nicola).

Un profilo a sé stante concerneva il compito di vigilare sull'osservanza delle disposizioni antiriciclaggio; in questo peculiare settore l'organismo era chiamato, nella previgente legislazione (artt. 52 e 55 del d.lgs. n. 231 del 2007, poi abrogati), a controllare l'osservanza di prescrizioni, intese a prevenire il reato di riciclaggio, e a effettuare determinate comunicazioni (alle autorità di vigilanza o al titolare dell'attività) inerenti alle infrazioni delle suddette norme; l'inosservanza degli obblighi di comunicazione era penalmente sanzionata. Il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90, nel riscrivere intere parti della normativa antiriciclaggio, ha rimosso dal tessuto del d.lgs. n. 231 del 2007 tanto gli obblighi di segnalazione che incombevano sull'organismo di vigilanza quanto la responsabilità penale dei suoi componenti per violazione dei primi. Gli obblighi di segnalazione a soggetti esterni alla società snaturavano l'attività di controllo dell'organismo sul modello organizzativo: l'art. 46 del d.lgs. n. 231 del 2007 non annovera più, tra gli organi di controllo tenuti a determinate comunicazioni, l'organismo di vigilanza; coerente con questo intervento è la soppressione delle sanzioni penali a carico dei suoi componenti, mentre, ai membri del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione, che risultino inadempienti agli obblighi di comunicazione, possono essere oggi irrogate solo sanzioni amministrative pecuniarie (art. 59 del d.lgs. n. 231 del 2007).

Le considerazioni fin qui svolte non consentono — infine — di escludere una responsabilità penale dei componenti dell'organo di vigilanza qualora costoro abbiano contribuito in maniera diretta, attraverso l'omissione delle proprie funzioni di vigilanza, a un reato compiuto da altri; in questo caso, la responsabilità si radicherebbe ai sensi dell'art. 110 c.p., cioè a dire un concorso di persone nel reato, sul presupposto dell'accertamento tanto di una volontaria partecipazione alla condotta criminosa realizzata dall'agente quanto di un apporto causalmente collegato alla realizzazione dell'evento.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO NONO

L'ELUSIONE FRAUDOLENTA DEL MODELLO

SOMMARIO: 1. La *ratio* di un (problematico) requisito e l'interpretazione della giurisprudenza. — 2. (*Segue*): la dimostrazione dell'elusione fraudolenta e l'inversione dell'onere della prova.

1. La *ratio* di un (problematico) requisito e l'interpretazione della giurisprudenza.

Secondo quanto previsto dall'art. 6 comma 1 lett. *c* sulla persona giuridica incombe — altresì — l'onere di provare che i propri vertici hanno eluso « fraudolentemente » il sistema finalizzato alla prevenzione dei reati; dunque, anche laddove l'ente imputato riesca a dimostrare l'adozione di un efficace modello organizzativo interno e l'inesistenza di lacune o inadempienze nel controllo svolto dall'organo di vigilanza, per raggiungere l'esenzione dalla responsabilità esso dovrà allegare questa ulteriore circostanza. Il « carattere congiuntivo » (AMODIO) dei fatti da provare ai fini dell'esimente (*ex* art. 6 comma 1 lett. *a*, *b*, *c*, e *d*) si risolve, come noto, in una *probatio diabolica* e il requisito in parola ne rappresenta il passaggio più impervio; infatti, resta a carico dell'ente il dubbio sulla dimostrazione degli inganni e dei raggiri messi in opera dai soggetti in posizione apicale per commettere un reato nell'interesse o a vantaggio della *societas* medesima.

Oltre al profilo probatorio ne emerge uno sistematico. Se si utilizza la condizione dell'elusione fraudolenta come chiave di lettura dell'istituto di cui all'art. 6 appare chiara l'essenza strutturale del modello organizzativo; questo, nel suo "farsi sistema", si sostituisce — per così dire — al singolo individuo: il *compliance program* non è suscettibile di essere invalidato dal semplice fatto che, dopo la sua implementazione, sia stato commesso un reato poiché, per realizzarlo, il *top management* deve avere posto in essere artifici e mezzi decettivi volti ad eludere sia il modello sia i controlli dell'organismo di vigilanza. Proprio in questa accezione, la "nuova" organizzazione aziendale ed il correlativo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

"nuovo" modo di decidere — imperniati sulla trasparenza e sulla ricostruibilità delle scelte, cioè a dire il metodo richiesto dalla normativa del 2001 — possono essere aggirati solo « fraudolentemente ». Da segnalare, al riguardo, che l'interpretazione più aderente al sistema — concepita per il settore bancario — vuole che « l'elusione fraudolenta non si esaurisc[a] in un aggiramento volontario delle regole aziendali »; essa, infatti, « presuppone la messa in opera di un artificio, di una forzatura precipuamente ed artatamente volta alla elusione del precetto »; il sistema di controllo preventivo da adottare deve dunque tendere sia ad « escludere che un soggetto operante all'interno della banca o per suo conto possa giustificare la propria condotta adducendo l'ignoranza delle regole aziendali », sia ad « evitare che il reato possa essere commesso senza che, a tal fine, sia volontariamente e fraudolentemente elusa, violata o aggirata una regola aziendale » (Linee Guida Abi). La consapevolezza che emerge da questo approccio identifica — correttamente — la funzione del modello, proteso a surrogare, con le sue procedure, l'agire individuale e, al tempo stesso, suona a conferma « dell'efficacia *in concreto* dell'organizzazione della 'legalità aziendale', che per essere surclassata, nel suo [...] dispiegarsi, deve, per forza, essere artificiosamente *aggirata* » (Alessandri).

Ciò vale, beninteso, per i reati di natura dolosa; diversamente, l'esimente « appare incongrua se immaginata per i reati colposi » — in materia di sicurezza sul lavoro e, per taluni illeciti, di tutela dell'ambiente — rispetto ai quali « un'elusione fraudolenta inserisce un elemento dissonante e distonico » (Id.). Pertanto il requisito è da ritenersi *implicitamente abrogato* con riferimento ai reati colposi; ed è auspicabile un intervento del legislatore volto a rimuovere l'insanabile contraddizione tra "fraudolenza" e "colpa".

A prescindere da quest'ultimo rilievo, la *ratio* del presupposto in parola potrebbe dunque sembrare — da un punto di vista scolastico — fondata; nel concreto, il meccanismo è tuttavia abbastanza « implausibile » (Id.), tant'è che in giurisprudenza consta, in tema di elusione fraudolenta del modello da parte dei soggetti apicali, un solo caso significativo sul quale — emblematicamente — la Cassazione si è dovuta pronunciare due volte, in una vicenda processuale durata quasi vent'anni (dapprima, Cass. 18 dicembre 2013, Impregilo, n. 4677, in seguito — con decisione di segno opposto — Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401). Impossibile riassumere, in questa sede, l'articolato e patologicamente lungo *iter* processuale del "caso Impregilo". Solo alcuni cenni sull'argomento qui esposto.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

In una fattispecie relativa al reato di aggiotaggio (art. 2637 c.c.), la Corte aveva annullato con rinvio (2013) la sentenza di assoluzione dell'ente escludendo che la condotta degli apicali — il presidente e l'amministratore delegato della società avevano sostituito i dati elaborati dai competenti organi interni e diffuso un comunicato contenente notizie false ed idonee a provocare una alterazione del valore delle azioni della stessa società — potesse costituire una elusione fraudolenta del modello organizzativo. Quest'ultimo non aveva contemplato, secondo la Suprema corte, « tutte le procedure comportamentali necessarie alla prevenzione del reato contestato »; la mancata regolamentazione — nei protocolli di cui all'art. 6 comma 2 lett. *b* — di talune fasi del processo di redazione del comunicato-stampa, rivolto al mercato degli investitori, aveva infatti consentito ai vertici della società di manipolare il contenuto delle informazioni e di pubblicizzare il comunicato medesimo al riparo da ogni controllo interno: si è quindi trattato « di semplice abuso di potere e non di condotta ingannevole ». La successiva sentenza del giudice di rinvio (corte d'appello di Milano) era stata poi impugnata dalla procura generale territoriale, dando origine così ad una seconda pronuncia della Corte regolatrice (2021). Quest'ultima, da un lato, ha riaffermato che la locuzione in esame vada intesa come « 'condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola', tale da frustrare con l'inganno il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente. L'esonero dell'ente dalla responsabilità da reato, infatti, può trovare una ragione giustificativa solamente in quanto la condotta dell'organo apicale rappresenti una dissociazione dello stesso dalla politica d'impresa; in tale evenienza, dunque, il reato costituisce il prodotto di una scelta personale ed autonoma della persona fisica, realizzata non già per effetto di inefficienze organizzative, ma, piuttosto, nonostante un'organizzazione adeguata, poiché aggirabile, appunto, soltanto attraverso una condotta ingannevole »; dall'altro lato, discostandosi dal *dictum* del 2013, ha affermato la sussistenza del requisito della elusione fraudolenta in quanto gli apicali dell'ente hanno « approfittato dello spazio di autonomia tollerabilmente lasciato loro dal modello organizzativo in ragione del loro ruolo e, sì d'intesa tra loro ma in completo spregio dei dati elaborati e loro offerti dalle competenti strutture tecniche della società, l'aver alterato questi ultimi e divulgato ai mercati informazioni inveritiere non rappresenta [...] una mera violazione delle prescrizioni del modello. Una siffatta condotta, invero, risulta munita di efficacia decettiva nei confronti degli altri organi dell'ente, non soltanto perché tenuta senza il rispetto del procedimento

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di comunicazione previsto dal modello, ma altresì in quanto frutto di un accordo estemporaneo e tale, perciò, da rendere impossibile ogni interlocuzione da parte di qualsiasi altro organo sociale (non soltanto, cioè, dell'organismo di vigilanza, ma anche, ad esempio, del consiglio di amministrazione). Si è trattato, cioè, proprio di una condotta del tipo più sopra descritto: falsificatrice, rispetto ai dati dell'istruttoria compiuta dagli uffici competenti; nonché ingannevole e subdola, perché prodotta da un'intesa occulta e repentina tra i suoi autori, in violazione del patto di fiducia che lega i rappresentanti dell'ente agli organi societari che hanno conferito loro tale ruolo ».

Chiusa, dunque, l'interminabile vicenda processuale dell'ente, assolto in virtù dell'esimente di cui all'art. 6 comma 1.

Apertissima — a dispetto delle motivazioni stilate dalla Suprema corte — la questione circa l'adeguatezza e l'idoneità dei protocolli organizzativi intesi a prevenire il reato di aggiotaggio: nodo specialistico, da sbrogliare nelle opportune sedi.

2. (*Segue*): la dimostrazione dell'elusione fraudolenta e l'inversione dell'onere della prova.

La necessità per l'ente di provare l'elusione fraudolenta svela che il criterio di imputazione — relativo ai reati dei « soggetti in posizione apicale » — è di natura oggettiva; ciò appare ancora più evidente laddove l'autore del reato non sia stato individuato (cfr. art. 8): se si presume che l'illecito sia stato commesso nella sfera del vertice aziendale, « il mancato accertamento della colpevolezza della persona fisica rende ancor più scopertamente oggettivo il criterio di imputazione »; basteranno, allora, « l''area' e il vantaggio [...]: l'eventuale presenza di modelli organizzativi è il solo fatto impeditivo, esimente, ma sarà allora ben difficile dimostrare l'elusione fraudolenta da parte di un soggetto sconosciuto » (ALESSANDRI). Ancora una volta « la forza della tradizione » ha rivestito — per la scelta del criterio di imputazione — « un ruolo decisivo, nel ritenere che l'atto del soggetto di vertice esprima un atteggiamento proprio dell'ente: un risultato che tradisce un'impostazione antropomorfica » del soggetto collettivo (ID.); questo rapporto di immedesimazione tra apici e società fonda — lo si è visto — un modello di responsabilità di tipo obiettivo, che a sua volta si traduce, sul piano dell'accertamento processuale, in una inversione dell'onere della prova. Il raccordo con i criteri di proscioglimento nel merito è illuminante.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

La regola di giudizio secondo la quale il giudice del dibattimento pronuncia la sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo (art. 66) trova spazio operativo ove appaia dubbio che il reato-presupposto sia stato commesso dai vertici nell'interesse o vantaggio della società: l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'ente grava sul pubblico ministero e, pertanto, quest'ultimo sopporta anche le situazioni di incertezza probatoria. In altre parole, il dubbio sul *fatto costitutivo* porta ad una sentenza di assoluzione.

La dimostrazione dell'adozione e dell'implementazione degli schemi comportamentali codificati dall'art. 6 incombe — invece — sull'ente e, di conseguenza, l'incertezza su queste condizioni ricade sulla difesa: il dubbio sul *fatto impeditivo* conduce quindi alla sentenza di condanna.

Dal confronto tra la regola di giudizio per l'esenzione dalla responsabilità di cui all'art. 6 e quella che richiama una regola generale del processo penale, qual è quella recepita dall'art. 66, emerge una diversità del modo di concepire il canone costituzionale della presunzione di non colpevolezza che stride con l'assetto probatorio del d.lgs. n. 231 del 2001. Il capovolgimento dell'onere probatorio di cui all'art. 6 — il riferimento è sempre all'adozione del modello organizzativo e alla dimostrazione della sua elusione fraudolenta — integra una rilevante deroga alla presunzione di non colpevolezza, cioè una garanzia di cui anche l'ente gode (Amodio); in tale ottica, l'unica interpretazione orientata nel solco dell'art. 27 comma 2 Cost. sembrerebbe essere quella di imporre alla pubblica accusa il compito di dimostrare l'inefficacia del modello organizzativo. Come in precedenza illustrato, Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401, ha contribuito a smussare le criticità in parola, stabilendo che debba essere provato dalla pubblica accusa il nesso causale tra la violazione della singola regola cautelare e il reato-presupposto addebitato all'ente.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO DECIMO

REATI DEI DIPENDENTI E MODELLI DI ORGANIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. I reati commessi dai dipendenti e l'onere della prova. — 2. La funzione esimente del modello organizzativo e i suoi requisiti.

1. I reati commessi dai dipendenti e l'onere della prova.

Dedicato alla prevenzione del « poco probabile » reato dei subalterni (PULITANÒ), l'art. 7 (« Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente ») è tra le disposizioni meno perspicue del d.lgs. n. 231 del 2001. Essa prevede che l'ente « è responsabile » (comma 1) se la commissione del reato-presupposto — da parte dei soggetti di cui all'art. 5 comma 1 lett. *b* — è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza: la norma dunque precisa, dal punto di vista sostanziale, il criterio soggettivo di imputazione dettato dall'art. 5, cioè a dire, l'illecito delle « persone sottoposte alla direzione o vigilanza » di uno dei soggetti apicali impegna la responsabilità dell'ente solo se causalmente riconducibile all'inottemperanza dei suddetti obblighi. Le restanti parti della norma (commi 2, 3 e 4) disciplinano contenuti ed effetti del modello di organizzazione deputato a prevenire questi reati.

Dal tenore del comma 1 dell'art. 7 si deduce che la commissione di reati da parte dei "sottoposti" è oggetto di un meccanismo di accertamento non più fondato — a differenza del delitto commesso da persona in ruolo apicale (artt. 5 comma 1 lett. *a* e 6) — sull'inversione dell'onere della prova. Laddove il reato-presupposto sia stato realizzato dalle persone indicate dall'art. 5 comma 1 lett. *b* le regole di accertamento dell'illecito ricalcano quelle tipiche del rito codicistico: l'ente è ritenuto infatti responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dal mancato rispetto degli obblighi di direzione o vigilanza, un fatto la cui dimostrazione è *a carico dell'accusa* (FERRUA); per affermare la colpevolezza della persona giuridica andrà quindi provata l'imputazione oggettiva (reato-presupposto commesso nell'interesse o

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

vantaggio della persona giuridica) e quella soggettiva, identificata con il mancato rispetto dei doveri in parola (*fatto costitutivo*). Le situazioni di dubbio — che gravano sul pubblico ministero — rientrano nell'alveo della sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente motivata dall'insufficienza, contraddittorietà o comunque inidoneità della prova dell'illecito amministrativo (*ex* art. 66).

La prima, fondamentale differenza con la disciplina della responsabilità da reato per il fatto degli apicali concerne proprio « l'elemento costitutivo dell'illecito attribuito all'ente » (ALESSANDRI): il suo *deficit* organizzativo, ossia l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

Ciò stabilito, la normativa contempla, anche in questo caso, la funzione esimente del modello organizzativo; infatti, l'art. 7 commi 2, 3 e 4 rimanda — *rectius*, allude — a taluni contenuti della disciplina di cui all'art. 6, ritagliati, nonostante numerose lacune, sulle peculiarità della fattispecie in esame. L'adattamento più evidente è lessicale ed arricchisce il modello di organizzazione e di gestione con il sostantivo « controllo » (comma 2) che, letto unitamente a « gestione », declina la vocazione prevenzionistica — di questa figura di *compliance program* — in rapporto al rischio di mancato assolvimento del dovere di direzione e vigilanza: rischio fronteggiabile, per l'appunto, con un modello di organizzazione, gestione *e controllo*.

Se l'ente dimostra che « 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), nulla gli sarà imputabile (*fatto impeditivo*); in questo caso, il rischio della mancata prova è nuovamente a carico della difesa; allo stesso modo le situazioni di incertezza probatoria sull'idoneità (ed efficacia) del modello a prevenire i reati ricadranno negativamente sulla *societas*.

La fattispecie contemplata dall'art. 7 riflette il paradigma criminologico che fonda l'intero sistema; è la responsabilità per immedesimazione, di natura obiettiva, dei vertici societari a costituirne la pietra angolare (*ex* art. 6), mentre l'impostazione penalistica "tradizionale", imperniata sul concetto di colpevolezza, sopravvive nell'ipotesi di responsabilità per omessa direzione o vigilanza (art. 7). Non a caso, i codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti (v. art. 6 comma 3) dettagliano metodologia e contenuti dei modelli organizzativi finalizzati a prevenire i reati commessi da soggetti in posizione apicale, dedicando ben poco spazio — o, addirittura,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tralasciando ogni riferimento — ai *compliance programs* contemplati dall'art. 7 in materia di reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione. Inoltre, anche le soluzioni adottate dalle più grandi società, manifatturiere o di servizi, risultano imperniate sulla costruzione e adozione di un unico modello organizzativo, modulato sul rischio "tipico" di cui all'art. 6.

Comunque sia, che si tratti di « inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza » (art. 7 comma 1) o che « si versi in assenza di qualsivoglia modello o in presenza di un modello inadeguato o inefficace » la conclusione è identica: la « 'colpa' costituisce un elemento primario » della responsabilità dell'ente (ALESSANDRI).

2. La funzione esimente del modello organizzativo e i suoi requisiti.

La commissione del reato non è « [i]n ogni caso » ascrivibile all'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza se, prima della commissione dell'illecito, l'ente ha adottato e efficacemente attuato un *planning* con le funzioni poco sopra descritte (art. 7 comma 2; per Cass. 24 maggio 2022, n. 34943, l'adozione e l'efficace attuazione di un idoneo modello è « di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente, anche quando il reato sia stato reso possibile dalla violazione degli obblighi di direzione e controllo gravanti sui soggetti apicali »). La disposizione sembra sottintendere, senza tipizzarla, l'esistenza di un'altra *species* di modello, più semplificata di quella di cui all'art. 6. Vediamone le caratteristiche.

Il requisito dell'*idoneità* « a prevenire reati della specie di quello verificatosi » (comma 2) — ed ascrivibile alla responsabilità di figure subordinate — ne tratteggia la dimensione teleologica che, come anticipato, è ulteriormente precisata dalla natura del modello stesso: non solo di organizzazione e di gestione ma, a differenza dell'omologo istituto di cui all'art. 6, anche di « controllo ».

Per quanto concerne la *morfologia* del modello, esso dovrebbe essere articolato in relazione « alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta » (comma 3) e — con ulteriore (ma ultronea) puntualizzazione funzionale — proteso a « garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio ». Nessun riferimento è rinvenibile all'estensione dei poteri delegati (parametro invece contemplato dall'art. 6 comma 2) quale criterio guida per l'elaborazione di un *compliance program* che dovrebbe tenere in debito conto la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

"divisione del lavoro" all'interno dell'azienda e, quindi, anche le eventuali deleghe — ancorché episodiche e circoscritte — rilasciate dai vertici ai dipendenti.

Il dettato normativo affonda poi completamente nella nebbia quando si tratta di prescrivere metodologie di adozione e contenuti del modello: in materia di mappatura di rischio, di protocolli organizzativi, di compiti (e flussi informativi) dell'organismo di vigilanza, il silenzio è totale.

Nonostante tralasci tutto ciò, la disposizione trova però modo di disciplinare le condizioni di « efficace attuazione » del modello; occorrono, per un verso, una verifica periodica e un suo aggiornamento quando « sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività », per l'altro, l'adozione di un sistema disciplinare « idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello » (comma 4 lett. *a* e *b*). Una tecnica legislativa a dire poco singolare, nella quale alla carenza di prescrizioni in ordine ai requisiti fondamentali del modello fa da contraltare la regolamentazione delle condizioni della sua efficacia. Di conseguenza, se è « [i]n ogni caso » da escludersi l'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza laddove l'ente abbia « adottato ed efficacemente attuato » un modello organizzativo « idoneo », rimane aperto l'interrogativo su quali siano le condizioni che integrano tali requisiti: andrà dimostrata l'istituzione di un organismo di vigilanza indipendente? allegata l'effettività della sua azione di controllo? provata l'esistenza di una elusione fraudolenta del modello?

Si ribadisce, infine, che questa versione di schema organizzativo "soffice" non si affranca dall'inversione dell'onere probatorio — connaturata al paradigma di cui all'art. 6 comma 1 — per ciò che concerne la portata esimente del modello stesso nei riguardi del rimprovero di inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza (G.i.p. Trib. Napoli 26 giugno 2007). Sull'obiettiva utilità — per l'ente — dell'adozione di siffatto *planning* sono peraltro prospettabili serie perplessità; infatti, a fronte della norma che prevede l'effetto scriminante connesso alla dimostrazione dei requisiti di cui al comma 2 dell'art. 7, resta imprescindibile la regola che impone al pubblico ministero il compito di provare il fatto storico dell'omesso controllo (comma 1). In altre parole, se non è dubbio che la *societas* debba dotarsi di un modello per andare esente dalla responsabilità per reati commessi dai sottoposti, altrettanto vero è che l'onere dell'accusa di provare — in prima battuta — il *deficit* di controllo dell'ente pare sdrammatizzare l'entità del problema circa i

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

contenuti del modello medesimo (probabilmente non è quindi un caso che, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 23 maggio 2023, n. 3314, sposi un'interpretazione del seguente tenore: « la mancata adozione di un idoneo modello [...] non è di per sé sufficiente a fondare il giudizio di colpevolezza dell'ente, dovendo sempre ammettersi la prova dell'adempimento degli obblighi di direzione e vigilanza attraverso qualsivoglia procedura o protocollo, comunque denominati, purché in concreto idonei a prevenire la commissione dei reati presupposto »).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO UNDICESIMO

L'APPARATO SANZIONATORIO

SOMMARIO: 1. Lineamenti generali. — 2. La sanzione pecuniaria. — 3. (*Segue*): i casi di riduzione. — 4. Le sanzioni interdittive. — 5. (*Segue*): i presupposti applicativi. — 6. (*Segue*): i criteri di scelta. — 7. (*Segue*): i casi di non applicazione; in particolare, le condotte riparatorie. — 8. (*Segue*): l'applicazione della sanzione in via definitiva. — 9. (*Segue*): un'alternativa alla sanzione interdittiva: il commissario giudiziale. — 10. (*Segue*): l'inosservanza delle sanzioni interdittive. — 11. La pubblicazione della sentenza di condanna. — 12. La confisca. — 13. (*Segue*): la nozione di profitto confiscabile. — 14. (*Segue*): l'appartenenza dei beni da sottoporre ad ablazione. — 15. La reiterazione degli illeciti. — 16. La pluralità di illeciti. — 17. Il regime della prescrizione.

1. Lineamenti generali.

La scelta del legislatore di sanzionare la persona giuridica non implica che taluni dubbi, in parte connessi al canone "classico" del *societas delinquere et puniri non potest*, si siano, per ciò solo, automaticamente dissolti. In particolare, riaffiorano — nel prisma dell'apparato sanzionatorio — perplessità di ordine costituzionale con riguardo al rispetto di due canoni previsti dall'art. 27 Cost.

Viene innanzitutto in gioco — secondo una parte della dottrina — il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.), inteso come divieto di responsabilità per fatto altrui: esso potrebbe subire un *vulnus* nella misura in cui la persona giuridica venga sanzionata per un reato commesso da altri (la persona fisica autore materiale dell'illecito); e, sotto questo stesso profilo, le ricadute sui terzi incolpevoli (azionista, socio, associato) delle sanzioni irrogate all'ente meriterebbero — secondo qualche autore — un attento scrutinio di costituzionalità (PAOLOZZI) o, quantomeno, una ponderata valutazione degli effetti « indotti » dalla sanzione medesima (FIORELLA, RORDORF).

Inoltre, è stato rilevato come il finalismo rieducativo della pena (comma 3 dell'art. 27 Cost.) non si presti a semplicistiche operazioni

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

transitive, dall'individuo alla *societas*, in quanto la risocializzazione mediante afflizione richiede « pur sempre, concettualmente e praticamente, una personalità sulla quale incidere »: ma la struttura aziendale annovera personale sostituibile, è caratterizzata da una mutevolezza collegata alle scelte gestionali, è sempre esposta a cambiamenti di proprietà e, quindi, di indirizzo strategico (ALESSANDRI).

A parte queste riserve, la maggior parte degli autori approda alla conclusione che l'ordinamento nel suo complesso, e gli stessi principi costituzionali, « *non si oppongono* affatto ad una responsabilità della persona giuridica che, abbandonato il modulo risarcitorio, approdi a paradigmi punitivi, collegati alla commissione di un reato da parte di un soggetto qualificato » (ALESSANDRI; nonché PIERGALLINI; PULITANÒ).

Imperniato su misure che colpiscono in via diretta (sanzione pecuniaria e confisca) o indiretta (sanzioni interdittive) il *profitto* o, comunque, l'*utile economico* dell'ente, il sistema sanzionatorio risponde a esigenze di prevenzione — generale e speciale — valorizzando in chiave premiale il postfatto (LOTTINI). Esso prevede le seguenti sanzioni amministrative (art. 9 comma 1):

a) la sanzione pecuniaria;
b) le sanzioni interdittive;
c) la confisca;
d) la pubblicazione della sentenza di condanna.

Connotate dai principi di *effettività*, *proporzionalità* e *dissuasività* — enucleati dall'art. 11 comma 1 lett. *f* della l. delega — le suddette sanzioni, dal punto di vista teleologico, mirano:

1) ad aggredire il patrimonio dell'azienda nonché ad incrinarne l'immagine sul mercato; in altre parole, esse sono finalizzate a rendere « diseconomiche » (DE MARZO) quelle condotte che perseguono o accettano il rischio della commissione di reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente (funzione di *prevenzione generale*);

2) ad incidere sulla struttura organizzativa dell'impresa, « modificandone l'azione (i meccanismi di decisione) [...] » (PIERGALLINI); a ciò si aggiunga che l'ente può scegliere, nel corso del processo, di porre in essere attività risarcitorie, riparatorie e reintegratorie le quali consentono di abbattere in termini significativi il *quantum* della sanzione pecuniaria (art. 12), ovvero di evitare — *ex* art. 17 — l'applicazione delle severe sanzioni interdittive (funzione di *prevenzione speciale*).

Il parco sanzionatorio è inoltre uniformato al *principio di legalità* (art. 2) e, dunque, alla riserva di legge (le sanzioni devono essere espressamente previste da quest'ultima), al divieto di retroattività (la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

norma che le contempla deve essere entrata in vigore prima della commissione del fatto), al canone di tassatività (possono essere applicate solo le misure indicate dalla legge).

Quanto alle scelte di politica criminale inerenti alla tipologia delle sanzioni, il legislatore ha inteso configurare un assetto *binario* fondato — per un verso — sulle *sanzioni pecuniarie*, le quali costituiscono « il perno del sistema » (PALIERO), poiché destinate ad accompagnare sempre la sentenza di condanna, e — per altro verso — sulle *sanzioni interdittive*, concepite per le ipotesi più gravi, cioè quelle in cui appaia « necessaria una percepibile *escalation* dell'impatto punitivo » (ID.). Il rapporto tra le due figure sanzionatorie vede le seconde proiettate ad « impedire la 'monetizzazione' dell'illecito » (DE MARZO), ovvero il rischio — tipicamente connaturato all'impiego della sanzione pecuniaria — di una inefficace tutela degli interessi protetti dalla norma penale. Era del resto inevitabile che, alla tradizionale sanzione amministrativa pecuniaria — già utilizzata, per le persone fisiche, dalla l. n. 689 del 1981 sulla depenalizzazione e ricalibrata, per l'ente, grazie al nuovo paradigma commisurativo per quote (v. § 2) —, venisse affiancato uno strumento punitivo (la misura interdittiva, per l'appunto), articolato e duttile, sempre più sperimentato, nel recente periodo, per taluni reati dei settori della circolazione stradale, della navigazione, degli assegni bancari e postali, degli alimenti (v., per esempio, il d.lgs. n. 507 del 1999). Complessivamente affiora un sistema, caratterizzato da unità sanzionatoria, che non perpetua il canovaccio di un diritto penale ripartito tra pene principali e pene accessorie, e ciò è attestato dalla « parità di rango formale » (DE VERO) assunta dalle "moderne" sanzioni interdittive rispetto alla "storica" sanzione pecuniaria.

Sempre in chiave sistematica va infine rilevato che, nella sua cornice, il quadro sanzionatorio abbina istituti riconducibili — di certo — al sistema punitivo penale (le sanzioni pecuniarie, quelle interdittive a contenuto incapacitante, la confisca, la pubblicazione della sentenza di condanna) a fattispecie la cui regolamentazione rinvia alla disciplina civilistica (dalla prescrizione al regime delle vicende modificative dell'ente); per altri versi, l'apparato in oggetto non prevede affatto figure tipiche della tradizione penalistica (la sospensione condizionale della pena *ex* art. 163 c.p., la conversione della pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato di cui agli artt. 135 e 136 c.p.); ne risulta una coltre repressiva della *corporate crime liability* variegata nelle manifestazioni (v. art. 9), (talvolta) aspra nei contenuti (v. artt. 9 comma 2 lett. *a* e *b* e 19), assolutamente flessibile negli effetti (cfr. artt. 17, 65 e 78).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2. La sanzione pecuniaria.

Indefettibilità applicativa e commisurazione a struttura bifasica costituiscono i tratti più significativi della sanzione pecuniaria. Per l'illecito amministrativo dipendente da reato essa viene « sempre » irrogata (art. 10 comma 3) e non ne è ammesso il pagamento in misura ridotta (comma 4), fatti salvi i casi contemplati dall'art. 12 (v. § seg.).

Ai fini della sua concreta determinazione viene abbandonato il tradizionale modello della pena pecuniaria "per somma complessiva" (*ex* art. 133-*bis* c.p.) — ritenuto inadeguato a causa dell'eccessiva rigidità commisurativa — a favore dell'innovativo meccanismo *per quote*; questo si articola in una duplice scansione.

1) In prima battuta, il giudice fissa l'ammontare del numero di quote — mai inferiore a cento né superiore a mille (art. 10 comma 2; v., inoltre, i limiti edittali previsti nei singoli reati-presupposto) — avvalendosi di specifici criteri (contemplati dall'art. 11 comma 1, essi sono utilizzati anche per determinare tipo e durata delle sanzioni interdittive: v. art. 14 comma 1 e, *infra*, § 6):

a) *la gravità del fatto*, per la quale bisogna tenere conto dell'offesa recata al bene giuridico dal reato sul piano *oggettivo* (*quantum* di lesione o di messa in pericolo, entità del danno patrimoniale provocato, entità del profitto ricavato dall'ente a seguito dell'illecito), a prescindere — dunque — dalla condotta della persona fisica, autrice del reato-presupposto (De Marzo);

b) *il grado di responsabilità dell'ente*, costituisce il parametro di natura *soggettiva*, tramite cui è possibile soppesare, innanzitutto, la riconducibilità del reato alle decisioni gestionali (laddove l'autore sia un soggetto apicale, *ex* art. 6) piuttosto che, invece, ad un *deficit* di organizzazione e controllo interni (qualora il responsabile sia un subordinato, ai sensi dell'art. 7); anche la scelta della persona giuridica di dotarsi (o meno) di meccanismi idonei a *prevenire* le condotte illecite è rivelatrice del suddetto grado di responsabilità;

c) *le condotte riparatorie e riorganizzative*, poste in essere dalla società *dopo* la commissione del reato (l'art. 11 specifica trattarsi di « attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire la commissione di ulteriori illeciti »), sono identificabili, per esempio, con le sanzioni disciplinari irrogate dall'azienda a coloro che hanno commesso l'illecito, con il risarcimento del danno, con l'adozione di un modello organizzativo *ex post*; esse costituiscono l'indice delle finalità special-preventive della sanzione e non patiscono limiti

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

temporali massimi per la loro esecuzione (a differenza di quanto previsto dall'art. 12 comma 2 lett. *a* per il pagamento ridotto della sanzione medesima).

2) Successivamente l'organo giurisdizionale determina il valore monetario della singola quota — da un minimo di euro 258 ad un massimo di euro 1549 (art. 10 comma 3) — sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali della persona giuridica « allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione » (art. 11 comma 2); per apprezzare le suddette condizioni, il giudice potrà non solo avvalersi dei bilanci e delle scritture contabili dell'impresa ma, altresì, tenere in considerazione le dimensioni e la posizione sul mercato della medesima.

L'operazione si risolve « nel combinarsi aritmetico di un moltiplicatore fissato dal fatto illecito con un moltiplicando ricavato dalla capacità economica dell'ente »: la somma finale è dunque « frutto della moltiplicazione tra l'importo della singola quota e il numero complessivo delle quote che cristallizzano il disvalore dell'illecito » (RELAZIONE). Il momento commisurativo combina dunque elementi « spuri » (PALIERO), in quanto ritagliati, l'uno, sulla riprovevolezza dell'ente per il fatto-reato, l'altro, sulla sensibilità alla "pena" della *societas*.

La banda di oscillazione della sanzione pecuniaria così determinata — tra un minimo di 25.800 ed un massimo di 1.549.000 euro (come si ricorderà, il numero delle quote va da cento a mille) — sembrerebbe funzionale a garantirne un « adeguamento effettivo alle condizioni dell'ente, in considerazione del carattere estremamente variegato della realtà economica dell'impresa del nostro paese » (RELAZIONE). Ma se una sanzione di un'entità massima come quella appena citata è suscettibile di risolversi, per la grande impresa, in un costo di gestione (peraltro ammortizzabile attraverso polizze assicurative, creazione di fondi rischio *ad hoc* in sede contabile o, addirittura, secondo taluni, possibile deducibilità dell'importo della sanzione dal reddito d'impresa ai fini dell'imposizione diretta), così non è per l'ente di piccole dimensioni a causa dell'elevato importo del limite minimo (25.800 euro); il compasso edittale della sanzione pecuniaria esibisce dunque un rigore sproporzionalmente accentuato nei confronti della piccola impresa (la cui fitta rete caratterizza l'ossatura del nostro sistema economico). E ciò alimenta il dubbio che accantonare il paradigma commisurativo "per somma complessiva" — per lasciare spazio al nuovo meccanismo bifasico — possa implicare, proprio sul fronte del perseguito obiettivo di elasticità, conseguenze sperequative per gli enti-imputati.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

3. (*Segue*): i casi di riduzione.

Esattamente con l'intento di fronteggiare questi possibili inconvenienti l'ordinamento contempla talune ipotesi di riduzione della sanzione pecuniaria. Il divieto del pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta (art. 10 comma 4) trova, nei casi di riduzione della medesima (da un minimo di un terzo ad un massimo di due terzi: art. 12), una sorta di temperamento volto a conferire al sistema proprio una maggiore equità e — soprattutto — una dimensione premiale.

Vengono così in rilievo sia una duplice categoria di *fatto tenue*, sia una coppia di presupposti legata al compimento di *attività riparatorie*.

Per quanto concerne la speciale tenuità del fatto sono configurate le seguenti « attenuanti » (Lottini), tra loro alternative:

a) una fattispecie che « coinvolge interamente lo spessore lesivo dell'illecito amministrativo dell'ente » (Relazione) e sussiste quando l'autore del reato lo ha commesso nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato alcun vantaggio o un vantaggio minimo (art. 12 comma 1 lett. *a* in rapporto all'art. 5 commi 1 e 2); la particolare tenuità non è riferibile al fatto-reato bensì ai suoi riflessi sulla posizione dell'ente, coinvolto in misura minima nell'illecito: ciò dal punto di vista sia soggettivo (il reato è stato commesso nel prevalente interesse di altri), che oggettivo (l'ente non ne ha ricavato alcun vantaggio o, in caso positivo, il vantaggio è di entità trascurabile) (Gius. Amato);

b) l'altra ipotesi rievoca il diritto penale "classico" e prevede un danno patrimoniale di *particolare tenuità* (art. 12 comma 1 lett. *b*); il ridotto disvalore del fatto reato — nel senso che il pregiudizio economico arrecato deve essere quasi irrilevante — legittima, in questo caso, l'affievolimento del trattamento sanzionatorio.

In entrambi i casi si deroga all'ordinario regime della sanzione contemplato dall'art. 11 prevedendo che l'importo della singola quota debba attestarsi, *in misura invariabile*, sul minimo (103 euro, *ex* art. 11 comma 3) e che la sanzione pecuniaria sia ridotta della metà (l'importo finale non può comunque superare la cifra massima di 103.291 euro: art. 12 comma 1). In tale modo viene « sterilizzata la possibilità di orientare la sanzione sulla capacità economica dell'ente » (Relazione); nella fattispecie è dunque escluso il ricorso allo strumento di commisurazione bifasica, la discrezionalità giudiziaria — rispetto alla decisione di attenuare la sanzione — è sensibilmente ridotta in virtù del fatto che l'importo della singola quota è predeterminato dalla legge, il *range* della sanzione oscilla tra il citato tetto massimo e quello minimo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di euro 10.329 (art. 12 comma 4). In altre parole, l'esiguità del disvalore dell'illecito reclama « una risposta sanzionatoria parimenti esigua, qualunque sia la caratura economica e patrimoniale dell'ente che l'abbia commesso » (PIERGALLINI).

Da rilevare — infine — che è vietata, sempre in queste due ipotesi, l'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 13 comma 3).

Sul versante delle *condotte riparatorie* — nella dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado è individuato il limite temporale per il loro espletamento — sono previsti *due* differenti presupposti i quali, *ove concorrenti*, portano ad un *abbattimento* della sanzione: essa, anziché attestarsi alla metà (comma 1 dell'art. 12), può essere ridotta (dalla metà) a due terzi (mai però inferiore, al netto delle decurtazioni, ad euro 10.329: art. 12 commi 3 e 4); quanto ai citati presupposti:

a) uno concerne il risarcimento integrale del danno *congiuntamente* all'eliminazione delle conseguenze, dannose o pericolose, del medesimo (e l'attività dell'ente volta ad « efficacemente » adoperarsi in tale direzione è ad essa equiparata, *ex* art. 12 comma 2 lett. *a*, premiando così la resipiscenza operosa);

b) l'altro richiede l'adozione e l'implementazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 12 comma 2 lett. *b*): in questo caso, è la prevenzione del (futuro) rischio penale d'impresa — perseguita tramite il *compliance program* adottato dopo la commissione del reato-presupposto — a meritare un riconoscimento positivo da parte del legislatore (ritengono che la sostituzione o l'estromissione degli amministratori coinvolti nell'illecito sia un sintomo del fatto che l'ente si va orientando verso un tipo di organizzazione intesa alla prevenzione dei reati, Cass. 2 febbraio 2012, n. 6248; Id. 22 giugno 2010, n. 27760; Id. 25 gennaio 2010, n. 20560; Id. 23 giugno 2006, n. 32626).

Sono dunque accolte dal sistema sulla responsabilità degli enti soluzioni — ispirate al *favor reparandi* e alla special-prevenzione — tipiche del così detto diritto penale premiale; esse valorizzano, in buona sostanza, l'attuazione di condotte riparatorie che esprimono « un significativo 'controvalore' rispetto alla lesione dell'ordine » (DE MARZO) perpetrata attraverso la commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'impresa.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

4. Le sanzioni interdittive.

Il catalogo delle sanzioni interdittive, indicato dall'art. 9 comma 2, è alquanto diversificato ed annovera:

a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;

b) la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;

c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio);

d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;

e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Tale novero sanzionatorio si fonda su un comune denominatore rappresentato dalla connotazione special-preventiva delle misure, dalla temporaneità della loro durata nonché dal rispetto del principio di legalità in sede di previsione e applicazione.

Dal punto di vista politico-criminale, la necessità dell'ordinamento di avvalersi di sanzioni *incapacitanti* — quali sono le interdittive — è dovuta alla provata inadeguatezza delle sanzioni pecuniarie a contrastare la criminalità d'impresa che, come anticipato, riduce queste ultime ad un rischio di gestione, poi scaricato sui consumatori, con l'effetto di anestetizzarne la portata afflittiva e intimidatoria. L'incidenza negativa che invece le sanzioni interdittive esercitano sull'attività dell'ente (quando non addirittura sulla sua stessa esistenza) propone « un modello sanzionatorio che [à]ncora la minaccia a presupposti applicativi particolarmente rigorosi *funzionali al conseguimento di utili risultati per la tutela dei beni [protetti]* » (RELAZIONE), poiché è consentito all'ente medesimo di attivarsi, tramite condotte riparatorie, per prevenire l'applicazione delle suddette misure. Si profila così una strategia che non punta ad « una punizione indiscriminata ed indefettibile » quanto, piuttosto, « a privilegiare una dimensione che salvaguardi la prevenzione del rischio di commissione di reati in uno con la necessaria, previa eliminazione delle conseguenze prodotte dall'illecito » (RELAZIONE).

Funzionale a questo obiettivo è, da un lato, la *durata limitata delle sanzioni interdittive* (non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni: art. 13 comma 2; regola generale alla quale deroga l'art. 25 comma 5, limitatamente ai delitti previsti dalla fattispecie) e, dall'altro, *l'estrema delimitazione dei casi in cui esse sono (eccezionalmente) applicabili in via definitiva* (riconducibili, in sostanza, a reiterate condanne

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente in un certo lasso temporale, tali da fondare una prognosi di irrecuperabilità della *societas* ad una prospettiva di legalità: v. art. 16).

La statuizione secondo la quale le sanzioni in oggetto si applicano in relazione *ai reati per i quali sono espressamente previste* (art. 13 comma 1) profila un sistema ispirato al principio di legalità (v. art. 2): ciò avviene in sede di comminatoria, ove si stabilisce — per esempio — che i reati societari (art. 25-*ter*) e quelli di *market abuse* (art. 25-*sexies*) sono puniti solo con sanzioni pecuniarie (e non interdittive).

Obbedisce, infine, al principio di *proporzionalità applicativa* la previsione che la sanzione deve colpire *solo* il ramo di attività aziendale da cui germina l'illecito (cfr. artt. 14 comma 1 primo periodo e 69 comma 2): la sanzione viene così "individualizzata".

Venendo ai *contenuti* delle sanzioni, il tratto unificante è rappresentato dalla loro portata *incapacitante*, che si esplicita vuoi nell'effetto di paralizzare l'attività dell'impresa (art. 9 comma 2 lett. *a*), vuoi in quello di limitarne la sua capacità giuridica o facoltà o diritti riconducibili ad un provvedimento amministrativo (sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni, divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, divieto di pubblicizzare beni o servizi: v. lett. *b*, *c* ed *e* della cit. disposizione), vuoi — ancora — di sottrarle risorse finanziarie (esclusione da — o revoca di — agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi: v. lett. *c*). Più in dettaglio:

1) *l'interdizione dall'esercizio dell'attività* (art. 9 comma 2 lett. *a*) comporta, di fatto, la chiusura del segmento produttivo o — secondo i casi — dell'intera azienda; essa è un'autonoma sanzione, ma può anche rappresentare l'effetto dell'applicazione (della sanzione) della *sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali all'esercizio dell'attività* (comma 2 lett. *b*); infatti, se lo svolgimento di un'attività è « subordinato al rilascio di un titolo abilitativo, qualunque vicenda incidente, definitivamente o temporaneamente sulla giuridica efficacia [della prima] » ne impedisce il legittimo esercizio (De Marzo); al riguardo, l'art. 14 comma 2 secondo periodo stabilisce, « al fine di privare di qualunque utilità » i suddetti titoli abilitativi (Id.), che la sanzione dell'interdizione dall'attività comporta la sospensione ovvero la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività. Merita sottolineare fin d'ora che la sanzione di cui all'art. 9 comma 2 lett. *a* rappresenta — rispetto alle altre indicate nell'art. 9 — l'*extrema ratio*, come del resto è previsto dall'art. 14 comma 4 secondo il quale l'interdizione dall'esercizio dell'attività si

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

applica soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni risulta *inadeguata* (sul principio di adeguatezza v. § 6);

2) *il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione* (comma 2 lett. *c*) è volto a prosciugare le fonti di entrata dell'ente (cfr. Cons. Stato 18 gennaio 2016 n. 143) e, di conseguenza, non si estende ai contratti necessari ad ottenere le prestazioni di un pubblico servizio in ragione della funzionalità dei primi allo svolgimento della "normale" attività dell'impresa; peraltro, i medesimi non costituiscono un veicolo di profitto e questa è l'ulteriore ragione che li sottrae alla sanzione; infine, il divieto in parola può anche essere limitato a specifici tipi di contratto o a determinate amministrazioni (art. 14 comma 2 primo periodo): ciò sempre allo scopo di evitare che la sanzione paralizzi completamente l'impresa;

3) *l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi* (comma 2 lett. *d*) così come *il divieto di pubblicizzare beni o servizi* (comma 2 lett. *e*) sono sanzioni protese — analogamente a quella di cui al punto precedente — ad isterilire le occasioni di profitto dell'ente; il divieto di pubblicizzare beni e servizi non può tuttavia estendersi ai segni distintivi dell'imprenditore e della sede dell'impresa, « ancorché essi siano inevitabilmente collegati ai beni o servizi forniti » (De Marzo).

A conclusione di questa illustrazione, un raccordo normativo. È da rilevare che, nei confronti di banche e di specifici intermediari finanziari (tra i quali Sim, Sgr, Sicav e Sicaf), nonché di imprese di assicurazione e riassicurazione, non possono essere applicate, *in via cautelare*, le sanzioni interdittive dell'inibizione dell'esercizio dell'attività e della sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni; inoltre, questi soggetti non sono passibili di commissariamento giudiziale (*ex* art. 15) e, in caso di sentenza irrevocabile che irroga le sanzioni di cui all'art. 9 comma 2 lett. *a* e *b*, decorsi i termini per la conversione di queste ultime, l'esecuzione spetta, in deroga all'art. 77, non al pubblico ministero, bensì alla Banca d'Italia, alla Consob o all'Ivass. Questa peculiare disciplina è prevista, per gli enti creditizi e finanziari, dagli artt. 8 e 10 del d.lgs. 9 luglio 2004 n. 197 (*Attuazione della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi*) che hanno introdotto, rispettivamente, l'art. 97-*bis* t.u.b. e l'art. 60-*bis* t.u.f. e, per le assicurazioni, dall'art. 266 del d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (c.d. "codice delle assicurazioni"). Per la disamina di queste regole, v., *infra*, cap. XXIII.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

5. (*Segue*): i presupposti applicativi.

In ossequio al principio di legalità, l'art. 13 prevede che le sanzioni interdittive si applicano *in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste*; da rilevare che la maggior parte dei reati-presupposto, suscettibili di incardinare la responsabilità dell'ente, è sanzionata con misure interdittive, con le significative (e discutibili) eccezioni dei reati societari (art. 25-*ter*: v., tuttavia, la lett. *s-bis*, con riguardo ai delitti di cui agli artt. 2635 comma 3 e 2635-*bis* comma 1 c.c.) e degli abusi di mercato (art. 25-*sexies*) per i quali è contemplata solamente la sanzione pecuniaria (in materia di cripto-attività, l'art 34 comma 1 del d.lgs. n. 129 del 2024 ha contemplato, per gli enti, sanzioni « da euro 30.000 fino a euro 15 milioni », suscettibili di incrementi « fino al 15 per cento del fatturato totale annuo »: v., *supra*, cap. IV, § 1).

I due presupposti applicativi indicati dall'art. 13 — che hanno carattere di alternatività — esplicitano i « casi di particolare gravità » nei quali, secondo le indicazioni della l. delega, è legittimo fare ricorso al crisma punitivo delle sanzioni interdittive:

a) quello di cui al comma 1 lett. *a* prevede, sul piano *oggettivo*, che il profitto conseguente all'illecito sia rilevante e, su quello *soggettivo*, l'ascrivibilità del reato-presupposto ai vertici aziendali oppure ai subordinati (e, in quest'ultimo caso, deve essere altresì ravvisata una grave carenza organizzativa); il requisito del « profitto » identifica una utilità economica, da valutarsi *ex post*, alla stregua di un effettivo accrescimento patrimoniale in capo all'ente (e « non può ritenersi costituito dall'insorgere di meri crediti » a favore del medesimo: Cass 19 marzo 2013, n. 13061); quanto alla sua « rilevante entità », essa potrà essere desunta dalla natura e dalle dimensioni dell'attività illecita compiuta (VIGANÒ); per la giurisprudenza la locuzione in parola « non può essere riferita al solo profitto inteso come margine (o utile) netto di guadagno, in quanto la valutazione che il giudice è chiamato a compiere non va operata alla stregua di criteri strettamente economico-aziendalistici, ma deve tenere conto di tutti gli elementi che connotano in termini di valore economico l'operazione negoziale »; precisa poi la Suprema corte — in apparenza discostandosi dall'orientamento, poco sopra citato, in tema di « meri crediti » — che il profitto non va « limitato al vantaggio economico attuale, immediatamente conseguito dal reato, ma deve comprendere anche l'utile potenziale » (Cass. 9 febbraio 2016, n. 11209);

b) l'altra condizione concerne la reiterazione degli illeciti (comma 1 lett. *b*) — la disciplina di tale istituto è prevista dall'art. 20 (v., *infra*,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

§ 15) —, il sintomo, in altre parole, dell'insensibilità dell'ente all'applicazione della sanzione pecuniaria (RELAZIONE).

Qualora ricorra uno dei suddetti requisiti il giudice « *ha l'obbligo* » di irrogare le sanzioni interdittive temporanee (in materia di reati colposi, connessi alla violazione della normativa a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, lo conferma Cass., sez. un., 24 aprile 2014, ThyssenKrupp): un'opzione, quella della obbligatorietà del provvedimento giudiziale, motivata dalla necessità di « garantire l'uniformità applicativa delle sanzioni » (RELAZIONE); la discrezionalità giudiziale rifluirà liberamente solo nella scelta della sanzione interdittiva (tra quelle elencate nel comma 2 dell'art. 9) e nella determinazione della sua durata (non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni: art. 13 comma 2, con l'eccezione, poco sopra richiamata, dei delitti di cui all'art. 25); da rilevare peraltro come, anche nell'apprezzamento della « rilevante entità » del profitto, il giudice goda di una significativa libertà in ragione del fatto che tale parametro non risulta ancorato a dati obiettivi (e i contraddittori orientamenti giurisprudenziali citati lo confermano).

6. (*Segue*): i criteri di scelta.

I criteri di scelta delle sanzioni interdittive — *in primis* il « tipo », poi la durata: art. 14 comma 1 — rimandano a quelli esplicitati dall'art. 11 per la commisurazione della sanzione pecuniaria (gravità del fatto, grado di responsabilità dell'ente, attività svolte per eliminare le conseguenze del fatto e per evitare ricadute nel reato), oltre che — nella prospettiva special-preventiva indicata dal legislatore — alla « *idoneità* delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso » (art. 14 comma 1); infine, è prescritto che la sanzione più grave (l'interdizione dall'esercizio dell'attività) si applichi *soltanto* una volta accertata l'inadeguatezza delle altre misure (comma 4).

Il corretto inquadramento dei paradigmi commisurativi delle sanzioni interdittive non può prescindere dal constatare che il sistema del 2001 equipara all'arsenale sanzionatorio quello cautelare: la scelta della misura cautelare (non reale) da applicare nel caso concreto cade sulle misure interdittive previste dall'art. 9 comma 2 (art. 45 comma 1). E benché la *ratio* del regime cautelare — impedire la commissione di illeciti della stessa indole — coincida solo parzialmente con quella delle sanzioni, non vi è dubbio che taluni criteri-guida, per la determinazione della misura, siano identici, come — del resto — identico è il novero

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

degli strumenti ai quali il giudice attinge. Ai fini della individuazione della sanzione interdittiva vengono dunque in gioco i principi di *proporzionalità*, *idoneità* e *gradualità*.

A) il richiamo — operato dal comma 1 dell'art. 14 — ai criteri indicati dall'art. 11 a delineare il *carattere di proporzionalità* cui deve essere ispirata la sanzione: la gravità del fatto (quale dato obiettivo), il grado di responsabilità dell'ente (profilo soggettivo) e la condotta *post factum* (per eliminare le conseguenze del reato e prevenire ulteriori illeciti) fondano una sorta di *limite esterno* al potere sanzionatorio, suscettibile di precludere il ricorso a sanzioni sproporzionate rispetto al disvalore dell'evento e, in particolare, alla condotta dell'ente.

B) Esattamente complementare a tale parametro è quello della *idoneità* della singola sanzione *a prevenire illeciti del tipo di quello commesso*; questo è il *criterio guida* in tema di commisurazione (DE VERO): esso è deputato ad esplicitare la *funzione special-preventiva della sanzione* che, come noto, costituisce la pietra angolare di un regime concepito per l'incentivazione di condotte virtuose. Si aggiunga che è proprio la valutazione negativa sull'efficacia preventiva di una singola sanzione a « determinare il giudice all'applicazione congiunta » (RELAZIONE) di alcune di esse, laddove ciò si riveli « *necessario* » (art. 14 comma 3).

C) Infine, la previsione del principio di *gradualità* impone che la sanzione più grave — quella della interdizione dall'esercizio di attività — si applichi soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulti « inadeguata » (art. 14 comma 4); dal contesto normativo in esame è ricavabile « il corollario che tutte le sanzioni destinate ad incidere sullo svolgimento dell'attività, in modo da interromperla, dovrebbero trovare applicazione solo nei casi più gravi e in presenza di un'acclarata inidoneità preventiva delle restanti meno gravi sanzioni » (RELAZIONE). Dunque, anche in questa prospettiva si staglia la valenza fondamentale che impregna l'intero apparato sanzionatorio: quella preventiva.

Una volta *scelta* la *tipologia* della sanzione da irrogare e *stabilita* la sua *durata*, il giudice deve *ritagliarne l'applicazione* (ciò che il comma 1 dell'art. 14 identifica con l'« oggetto » della sanzione medesima) sulla *specifica attività aziendale* ove è originato l'illecito. Come anticipato, il principio di proporzionalità viene declinato — nella sede applicativa — in un'accezione del tutto peculiare, cioè a dire la *frazionabilità* della sanzione; l'opzione del legislatore aderisce del resto alle « moderne configurazioni organizzative aziendali che si fondano, sempre più, su

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

forme di decentramento produttivo e, dunque, sulla frammentazione dei comparti » (PIERGALLINI); la sanzione è di conseguenza somministrata in rapporto al segmento aziendale interessato dall'illecito e non coinvolge — salvo i casi più gravi di un'impresa che versi totalmente *in re illicita* — il resto della struttura: evidente, in quest'ottica, la caratura *individualizzante* e *neutralizzativa* della sanzione. Si ricorderà che una delle precipue finalità delle sanzioni interdittive è quella di limitare la capacità giuridica della *societas*: ne deriva — per esempio — che il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può essere limitato a determinati tipi di contratto o a talune amministrazioni (art. 14 comma 2 primo periodo e*, supra*, § 4).

La l. 9 gennaio 2019 n. 3 (nota alle cronache come "legge spazzacorrotti") ha scardinato la « coerenza del sistema sanzionatorio » fin qui descritto, introducendo una disciplina che « lascia sbigottiti » (PIERGALLINI). Per la commissione dei reati-presupposto di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 25 si applicano le sanzioni interdittive « per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni », se il reato e` stato commesso da un soggetto apicale, e « per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro », se il reato e` stato commesso da un subordinato (comma 5 dell'art. 25). Come illustrato, l'irrogazione della sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività che, per regola generale, non può essere superiore a due anni può, di per sé, provocare la chiusura dell'azienda; è, pertanto, privo di senso l'inasprimento della comminatoria edittale in parola; aspetto ancora più grave, esso tradisce la totale inconsapevolezza del legislatore circa il concreto funzionamento di un'impresa.

Per i raccordi con i "nuovi" termini di durata massima delle misure cautelari (art. 51 commi 1 e 2, secondo periodo) v., *infra*, cap. XVI, § 16.

7. (*Segue*): i casi di non applicazione; in particolare, le condotte riparatorie.

Due *i casi di esclusione* dell'applicazione delle sanzioni interdittive.

L'uno, già richiamato, è quello della *tenuità del danno patrimoniale* cagionato oppure del *fatto commesso nel prevalente interesse della persona fisica*, sempre che l'ente non ne abbia ricavato *tout court* vantaggio o, al più, un vantaggio minimo (art. 13 comma 3 in relazione alle ipotesi di cui all'art. 12 comma 1); trattasi degli stessi casi che legittimano la riduzione dell'entità della sanzione pecuniaria e, pertanto, si rinvia all'analisi svolta in precedenza (v. § 3).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'altro si inscrive nella dimensione premiale che connota l'architettura del d.lgs. n. 231 del 2001: « ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie » (art. 17), le sanzioni interdittive non trovano applicazione quando — prima della dichiarazione di apertura del dibattimento — *concorrono* i presupposti del risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze del reato, della rimozione delle carenze organizzative tramite l'adozione e l'attuazione di un *compliance program* e, infine, della messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca. Dopo la commissione di uno dei reati-presupposto, è sulla minaccia della irrogazione di una misura interdittiva che riposano le *chances* di stimolare l'ente ad adottare condotte virtuose, sintomo del suo possibile recupero alla legalità; in altri termini, le « contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito [...] avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa » (RELAZIONE).

Per meglio apprezzare la portata premiale delle suddette attività riparatorie, occorre ricapitolare i vantaggi che la persona giuridica può conseguire — grazie ad esse — nel corso del procedimento penale:

1) le misure interdittive applicate *in sede cautelare* sono suscettibili — ai sensi dell'art. 49 — di revoca;

2) l'irrogazione di sanzioni interdittive con la sentenza di condanna può essere evitata laddove gli adempimenti in parola siano stati realizzati prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: in quella sede il giudice può disporre la sospensione del processo per consentire all'ente di provvedere (v. artt. 17 e 65);

3) infine, il *favor* nei confronti delle azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa si manifesta nella prevista possibilità di *convertire la sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria* qualora le attività in parola vengano poste in essere oltre il termine stabilito dall'art. 17 comma 1 o in seguito a fusione o scissione dell'ente (art. 31 comma 3).

Queste sono le condizioni — *cumulative* — per ritenere integrata la riparazione (art. 17):

a) l'ente deve avere risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose e pericolose del reato (presupposto integrato anche quando la persona giuridica si sia efficacemente attivata in tal senso); è compito della giurisprudenza precisare i confini del concetto di « danno » che, nelle prime applicazioni di merito, risulta (eccessiva-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mente) dilatato a comprendere voci indirette tipo, ad esempio, il *vulnus* subito dai concorrenti ingiustamente esclusi da una gara d'appalto "truccata"; precisa, inoltre, la Suprema corte che la norma « impone al giudice di merito la rigorosa verifica degli impegni assunti dalla società, non in termini di mera azione risarcitoria, ma di eliminazione concreta delle conseguenze dannose o pericolose del reato o comunque di un'efficace attivazione in tal senso. L'ente interessato è dunque chiamato ad una determinazione del danno e delle conseguenze non per iniziative unilaterali, ma in virtù di una collaborazione concreta o comunque del contatto con la controparte, tale da dimostrare di essersi efficacemente adoperato » (Cass. 9 febbraio 2016, n. 8854);

b) l'ente deve avere eliminato le carenze organizzative all'origine dell'illecito tramite l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi; occorre qui richiamare il severo tenore delle valutazioni giurisprudenziali in tema di requisiti del *compliance program* adottato *successivamente* al compimento del reato (v., *supra*, cap. VII, § 3);

c) l'ente deve avere messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca; poiché il profitto rappresenta generalmente il movente del reato, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva « postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente » (RELAZIONE); sulla nozione di « profitto », così come precisata dalle sezioni unite della Corte di cassazione, v. § 13.

Da notare la sostanziale equivalenza della condizione di cui all'art. 17 comma 1 lett. *a* con quella prevista dall'art. 12 comma 2 lett. *a* in tema di riduzione della sanzione pecuniaria.

Per gli stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale — si pensi alle peculiarità dell'Ilva di Taranto — la l. 3 marzo 2023 n. 17 ha introdotto una clausola speciale di inapplicabilità delle sanzioni interdittive: « In ogni caso, le sanzioni interdittive non possono essere applicate quando pregiudicano la continuità dell'attività svolta in stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale », ai sensi della l. 24 dicembre 2012 n. 231, « se l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il modello organizzativo si considera sempre idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi quando nell'ambito della procedura di riconoscimento dell'interesse strategico nazionale sono stati adottati provvedimenti diretti a realizzare, anche attraverso l'adozione di modelli organizzativi,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva e di salvaguardia dell'occupazione e la tutela della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute, dell'ambiente e degli altri eventuali beni giuridici lesi dagli illeciti commessi » (comma 1-*bis* dell'art. 17).

Da rilevare inoltre che il demagogico intervento della l. n. 3 del 2019 (SANTORIELLO) ha inoculato dissimmetrie e confusione anche in questi istituti. Il comma 5-*bis* dell'art. 25 prevede che « se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2 ». In primo luogo, la collaborazione processuale (« assicurare le prove dei reati e [...] l'individuazione dei responsabili ») raggruppa una serie di fattispecie premiali che si attagliano alla condotta della persona fisica, e non certo all'ente. In secondo luogo, « l'affastellamento » di ipotesi riparatorie (« collaborazione processuale, restituzione del maltolto, riorganizzazione »: PIERGALLINI) disarticola la logica intrinseca alle condotte elencate nell'art. 17, inserendo condizioni disomogenee. Infine, il combinato disposto tra il termine temporale per porre in essere le peculiari attività richieste dal comma 5-*bis* dell'art. 25 e i loro effetti premiali genera una vistosa disarmonia con l'istituto di cui all'art. 17: « prima della sentenza di primo grado » (anziché prima della dichiarazione di apertura del dibattimento), minore durata delle sanzioni interdittive (invece della inapplicabilità).

8. (*Segue*): l'applicazione della sanzione in via definitiva.

Condizione perfettamente opposta rispetto alle suddette — appena esaminate — è quella che poggia sulla *prognosi negativa* di riconduzione della *societas* nell'orbita della legalità; in questo caso, la regola dell'applicazione temporanea delle misure interdittive cede il passo alla necessità di irrogare la sanzione in via definitiva. L'istituto è imperniato sulla duplice finalità di colpire quegli enti che hanno manifestato, nell'arco del tempo, una « pervicace e non altrimenti contenibile tendenza alla commissione di illeciti particolarmente gravi » (RELAZIONE) e anche di paralizzare le realtà aziendali *intrinsecamente illecite*,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

cioè a dire quelle « stabilmente utilizzat[e] allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare » la commissione di reati (art. 16 comma 3). Il giudizio prognostico di *irrecuperabilità* dell'ente è affidato all'apprezzamento discrezionale del giudice nei casi di reiterazione di condanne mentre, nell'ipotesi di *societas sceleris*, esso è presunto dalla legge, con conseguente obbligo di applicare l'interdizione definitiva. L'art. 16 prevede tre casi — per la verità, alquanto scolastici — di irrogazione in via definitiva delle sanzioni interdittive:

a) qualora sia intervenuta « almeno tre volte negli ultimi sette anni » condanna — da intendersi come definitiva (e riferibile anche alla sentenza di "patteggiamento") — all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività, e l'ente abbia tratto dal reato un profitto rilevante, si aprono le porte all'applicazione — di natura discrezionale — della sanzione interdittiva più grave *in via definitiva* (art. 16 comma 1); i presupposti della recidiva reiterata in un lasso temporale particolarmente breve e della irrogazione della identica tipologia di sanzione (che, si ricorderà, può essere applicata solo quando le altre interdittive risultino inadeguate, *ex* art. 14 comma 4) confinano questa ipotesi in un ambito applicativo puramente teorico;

b) regime analogo vale per i divieti di contrattare con la pubblica amministrazione o di pubblicizzare beni e servizi (comma 2): in questo caso non è però contemplato il presupposto del conseguimento di un profitto da reato di rilevante entità; l'istituto si presta ad osservazioni non dissimili da quelle formulate nel punto precedente, in quanto la previsione che vuole l'ente già condannato alla *stessa sanzione* « almeno tre volte negli ultimi sette anni » cospira per una sostanziale disapplicazione della misura, « risultando improbabile, visti i tempi della giustizia italiana, che nell'arco di sette anni un ente possa essere condannato con ben tre provvedimenti definitivi » (VIZZARDI);

c) qualora si sia al cospetto di un ente o di una sua unità organizzativa stabilmente dedita ad agevolare o consentire la commissione degli illeciti di cui agli artt. 24 ss., l'applicazione dell'interdizione definitiva dell'attività è, come si è anticipato, *obbligatoria* (comma 3); il caso è quello della impresa illecita (ALESSANDRI), cioè un dato abbastanza estraneo all'impianto originario del d.lgs. n. 231 del 2001, il quale punta a prevenire e sanzionare la « colpa di organizzazione »; viene dunque in gioco l'accertamento di una « sorta di dolo dell'ente » (MARINUCCI-DOLCINI) — espressione utilizzabile alla condizione di non cadere in equivoci antropomorfismi — il cui indice è desumibile dal fatto che il medesimo (o una sua unità organizzativa) venga stabilmente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

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

Proprio in ragione di una propensione della *societas* all'illecito — ritenuta rimediabile — è da riconoscersi la possibilità di applicare la disciplina diretta a valorizzare i comportamenti di reintegrazione dell'offesa e di riorganizzazione aziendale, di cui all'art. 17, solo e limitatamente per i casi previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 16; viceversa, per l'ipotesi di impresa illecita, di cui all'art. 16 comma 3, tale opzione è bandita.

9. (*Segue*): un'alternativa alla sanzione interdittiva: il commissario giudiziale.

Ad irrobustire la valenza special-preventiva del sistema sanzionatorio fin qui descritto contribuisce la figura del commissario giudiziale (art. 15), soluzione *alternativa* alla sanzione interdittiva (Cass. 28 giugno 2022, n. 40563) — purché non applicata in via definitiva (art. 15 comma 4) — che determini l'interruzione dell'attività di enti di primaria importanza per la vita economico-sociale; alla prosecuzione della conduzione dell'impresa da parte di un commissario giudiziale si può ricorrere in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

a) se si tratta di enti che svolgono un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, nel caso in cui l'interruzione sia suscettibile di provocare « un grave pregiudizio alla collettività » (art. 15 comma 1 lett. *a*);

b) oppure — tenuto conto dell'importanza dell'impresa all'interno del contesto territoriale in cui opera — laddove la predetta interruzione possa determinare « rilevanti ripercussioni sull'occupazione » (lett. *b*).

Alle suddette si è aggiunta una "speciale" condizione, riguardante gli stabilimenti industriali dichiarati di interesse strategico nazionale (ai sensi della cit. l. n. 231 del 2012); la cit. l. n. 17 del 2023 (v., *supra*, § 7) ha così introdotto nel comma 1 dell'art. 15 la lett. *b-bis*, la quale precisa — oltre alla possibilità di nominare il commissario giudiziale — che in caso di imprese le quali, dopo il verificarsi dei reati che danno luogo all'applicazione della sanzione, « sono state ammesse all'amministrazione straordinaria, anche in via temporanea ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 5 dicembre 2022, n. 187, la prosecuzione dell'attività è affidata al commissario già nominato nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria »; evidente il fine di scongiurare

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

soluzioni di continuità in ordine alla permanenza in carica del commissario straordinario (già) insediato (Fusco-De Marino).

Verificata l'esistenza di uno di questi presupposti, il giudice « dispone » la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della sanzione interdittiva; e l'espressione usata dalla legge non sembra lasciare spazi alla discrezionalità giudiziaria: in presenza delle citate condizioni, la nomina del commissario sarebbe pertanto obbligatoria (Viganò).

Restano aperti interrogativi, di non poco conto, su come possa un giudice penale valutare l'opportunità di sostituire l'applicazione di una sanzione interdittiva — che determinerebbe l'interruzione dell'attività dell'ente — con la nomina di un commissario giudiziale, laddove i criteri dettati al proposito sono di matrice socio-economica: da un lato, il grave pregiudizio alla collettività per l'eventuale interruzione di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica utilità svolto dalla persona giuridica; dall'altro, le rilevanti ripercussioni sull'occupazione provocate dall'eventuale interruzione dell'attività dell'ente, tenuto altresì conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato. Si è dunque al cospetto di un giudice che opera, di volta in volta, con il metro del sindacalista, del politico, del sociologo, dell'economista esperto di organizzazione aziendale, cioè a dire conoscenze e abiti mentali estranei alla formazione del giurista. Laddove, nella prassi applicativa, prevalga invece un costume di *self-restraint* giudiziario, si assiste ad una sempre più marcata dipendenza della decisione giurisdizionale dalle conclusioni svolte dal perito (eventualmente) nominato *ad hoc*.

Compiti e poteri dell'amministratore giudiziale sono stabiliti con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività — ma potrà trattarsi anche di un'ordinanza, nel caso la sostituzione concerna una misura cautelare interdittiva: v. art. 45 comma 3 — e, tra questi, figura l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi (art. 15 comma 3). Le prerogative fin qui descritte conferiscono all'istituto del commissario giudiziale finalità *curative* (Piergallini), connesse all'obiettivo di rendere l'impresa *compliant*: è tuttavia da rimarcare che non potranno essere compiuti atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del giudice (art. 15 comma 3 secondo periodo); va inoltre tenuto in conto che la legge non prevede che al commissariamento dell'ente consegua la cessazione dalla carica di amministratori e sindaci (Corapi; peraltro, Cass. 25 gennaio 2010, n. 20560, ritiene che l'istituto configuri

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« una sorta di espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali »; con riguardo, infine, ai criteri per la liquidazione del compenso del commissario giudiziale, v. Cass. civ. 16 luglio 2019, n. 20375).

Indubitabile è la coesistenza, accanto alle accennate funzioni "riabilitative", di profili di afflittività che caratterizzano l'istituto commissariale alla stregua di una vera e propria sanzione; ciò è desumibile sia dal fatto che la durata della misura è pari, come si è visto, a quella della (sostituita) sanzione interdittiva, sia dalla previsione della confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 15 comma 4): a quest'ultimo proposito, il legislatore ha chiarito che « l'ente non deve essere messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di un'attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta » (Relazione).

È possibile ricorrere al meccanismo in parola per ovviare agli effetti sospensivi e/o interruttivi dell'attività dell'ente connessi all'applicazione delle sanzioni idonee a provocare l'interruzione dell'attività; l'impiego di una formula (*ex* art. 15 comma 1) relativamente ampia — cioè « una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente » — legittima un'interpretazione a favore del ricorso alla sostituzione del commissario giudiziale anche per la sanzione di cui all'art. 9 comma 2 lett. *b* (Lottini; cfr. Cass. 28 settembre 2011, n. 43108; Id. 25 gennaio 2010, n. 20560, cit.).

Da rilevare che nella prassi lo strumento del commissario giudiziale non ha avuto fortuna; molteplici le ragioni: dall'esigua applicazione delle sanzioni interdittive, alle difficoltà di verificarne la sussistenza dei presupposti, fino alla "concorrenza" di altri istituti intesi a soddisfare analoghe esigenze (Fusco-De Marino).

10. (*Segue*): l'inosservanza delle sanzioni interdittive.

Chiude e presidia il nucleo delle sanzioni interdittive la « nuova fattispecie penale » (Relazione) intesa a punire le trasgressioni agli obblighi o ai divieti inerenti alla sanzione — anche laddove applicata in veste di misura cautelare — compiute nello svolgimento dell'attività dell'ente. La finalità dell'istituto è di « assicurare l'effettività » delle sanzioni in parola (Ead.). Per l'inosservanza delle sanzioni interdittive sono puniti, da un lato, la persona fisica, con la pena reclusione da sei mesi a tre anni (art. 23 comma 1): presupposto del delitto è la notifica dell'estratto della sentenza che ha disposto l'applicazione di una sanzione (art. 77) o dell'omologo provvedimento cautelare (art. 48);

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dall'altro lato, l'ente — nel cui interesse o vantaggio sia stato realizzato il reato in questione —, con la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote e la confisca del profitto (comma 2); qualora, in questo secondo caso, il profitto dell'ente sia stato di rilevante entità, possono essere applicate sanzioni interdittive diverse da quelle in precedenza irrogate (comma 3).

11. La pubblicazione della sentenza di condanna.

Pubblicazione della sentenza di condanna (art. 18) e confisca (art. 19) esauriscono il novero delle sanzioni previste nella sezione II del capo I del d.lgs. n. 231 del 2001.

Facoltativamente disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva, la pubblicazione della sentenza di condanna — effettuata con le modalità previste dall'art. 36 c.p. e anche mediante affissione nel comune in cui l'ente ha la sede principale (e non quella legale: art. 18 comma 2) — presenta i caratteri della accessorietà e della discrezionalità (VIZZARDI). Il provvedimento in esame ha natura *accessoria* in quanto va ad affiancare solo ed esclusivamente una sanzione interdittiva (temporanea o definitiva): precluse al giudice, di conseguenza, le possibilità di disporla in via autonoma e di pronunciarla in aggiunta alla sanzione pecuniaria. Come anticipato, la sanzione ha natura *discrezionale* (« può essere disposta », recita il comma 1 dell'art. 18) circostanza che esclude la sua fisionomia di vera e propria sanzione accessoria, a differenza della omologa pena prevista dall'art. 36 c.p.: si è precisato infatti che la pubblicazione della sentenza « costituisce una sanzione ulteriore e facoltativa, dunque da motivare appositamente, e non discende automaticamente dalla condanna » (Cass. 2 marzo 2023, n. 21640, in motivazione). Sono tuttavia assenti i criteri orientativi circa l'*an* della sua applicazione, salvo ritenere operanti i parametri generali *ex* artt. 13 e 14. Peraltro, il ricorso alla sanzione in parola è plausibile nei casi di particolare gravità, poiché essa tende « a colpire l'immagine e la reputazione dell'ente sul mercato, attraverso la diffusione del contenuto della sentenza di condanna che, in questa evenienza, assurge a veicolo di *pubblicità denigratoria*, munito di non trascurabili effetti stigmatizzanti » (PIERGALLINI). Tenuto tuttavia conto del fatto che, per un verso, i reati d'impresa particolarmente nocivi per la collettività — come quelli di *market abuse* nei confronti dei risparmiatori — non sono puniti con le sanzioni interdittive (v. art. 25-*sexies*), e che, per l'altro, nel novero dei reati-presupposto non sono

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(ancora) contemplati quelli commessi con abuso dei mezzi di comunicazione di massa (pubblicità ingannevole di prodotti nocivi, violazione dei diritti di informazione della collettività), è facile constatare la sostanziale disapplicazione della misura sanzionatoria in oggetto.

Si aggiunga che il testo originario del comma 2 dell'art. 18, il quale prevedeva la pubblicazione della sentenza di condanna, per estratto o per intero, in uno o più giornali indicati dal giudice, è stato sostituito — dalla l. 23 dicembre 2009 n. 191 — con la formulazione attuale, la quale rinvia alla disciplina dell'art. 36 c.p.; quest'ultimo (commi 2 e 3) — a sua volta modificato, prima dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, poi dalla l. 15 luglio 2011 n. 111 — stabilisce che la sentenza di condanna è pubblicata per estratto (ma il giudice può disporre la pubblicazione integrale), per una durata non superiore a trenta giorni, nel sito *internet* del ministero della giustizia. Una volta espunta — sia dall'art. 18 comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001, sia dall'art. 36 c.p. (v., tuttavia, le particolari deroghe previste dal comma 4) — la regola della pubblicazione sui giornali, l'effettività della sanzione accessoria è destinata a venire meno, essendo alquanto improbabile che il comune cittadino abbia la consuetudine di accedere al sito *web* ministeriale.

L'esecuzione del provvedimento è curata dalla cancelleria del giudice e le spese sono a carico dell'ente condannato (art. 18 comma 3) (per approfondimenti, v., *infra*, cap. XXII, § 6).

12. La confisca.

Il provvedimento ablativo è conseguenza *automatica* della sentenza di condanna: è, infatti, « sempre » disposto con quest'ultima (art. 19 comma 1). La confisca risulta quindi sganciata dalle valutazioni prognostiche, tipiche della misura di sicurezza patrimoniale (cfr. art. 240 comma 1 c.p.), intese a verificare — nelle ipotesi di applicazione facoltativa — la pericolosità connessa alla disponibilità di cose servite o destinate a commettere il reato.

Essa ha per oggetto il prezzo o il profitto del reato, salvo che per la porzione suscettibile di restituzione al danneggiato (art. 19 comma 1) nonché quanto riconducibile a diritti acquisiti da terzi in buona fede, e può anche essere eseguita su qualsiasi somma di denaro, o altro bene dell'ente, di valore equivalente al prezzo o profitto del reato (art. 19 comma 2). La confisca *per equivalente* prescinde, anche in questo secondo caso, dal rapporto di pericolosità tra il bene e il suo titolare, potendo avere ad oggetto beni del tutto estranei al reato e consentendo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— laddove risulti impossibile aggredire il profitto derivante dal reato medesimo — di incidere su somme di denaro o altre utilità di pertinenza della *societas* condannata (Cass. 6 febbraio 2024, n. 20227, precisa che la confisca per equivalente si applica « nel caso classico di ineseguibilità della confisca diretta, perché le res da apprendere non esistono, in quanto derivanti da un semplice risparmio, o non sono individuabili, in quanto confuse, o non più nella disponibilità dell'ente, in quanto alienate »). Triplice, in sostanza, il presupposto del ricorso alla confisca per equivalente: l'impossibilità di procedere all'apprensione del prezzo o del profitto dell'illecito, la pertinenza del bene confiscato all'ente riconosciuto responsabile, l'equivalenza di valore tra il bene confiscato e il prezzo o il profitto. La giurisprudenza puntualizza che la locuzione « può » (di cui al comma 2 dell'art. 19) non esprime l'intenzione di riconoscere alla confisca per equivalente natura facoltativa, « ma la volontà di vincolare il dovere del giudice di procedervi alla previa verifica dell'impossibilità di provvedere alla confisca diretta del profitto del reato e dell'effettiva corrispondenza del valore dei beni oggetto di ablazione al valore di detto profitto » (Cass., sez. un., 25 settembre 2014, Curatela Fallimento Uniland s.p.a.).

Pure questo istituto — analogamente a quelli del commissario giudiziale (art. 15) e della riparazione delle conseguenze del reato (art. 17) — è stato interpolato per fare fronte alle esigenze di tutela degli « stabilimenti industriali o parti di essi che siano stati dichiarati di interesse strategico nazionale » (*ex* cit. l. n. 231 del 2012), ovvero degli « impianti o infrastrutture necessari ad assicurarne la continuità produttiva »: il comma 2-*bis* dell'art. 19 (aggiunto dalla l. 10 agosto 2023 n. 103) prevede l'applicazione dell'art. 104-*bis* commi 1-*septies*, 1-*octies*, 1-*novies* e 1-*decies* disp. att. c.p.p. in materia di amministrazione, anche straordinaria, dei beni sottoposti a sequestro e confisca (per coordinamenti con gli istituti della sostituzione delle misure cautelari con il commissario giudiziale e del sequestro preventivo v., *infra*, rispettivamente, cap. XVI, § 12 e cap. XVII, § 1).

In via generale, si può osservare che si è al cospetto di una sanzione « *sui generis*, in quanto non commisurata secondo i criteri di 'proporzione' validi per le altre sanzioni » (Pulitanò); la confisca si distingue, infatti, dalla sanzione pecuniaria — che ha un tetto massimo di un milione e mezzo di euro — proprio per il fatto di non avere limiti di valore.

Essa trova spazio applicativo in alcuni casi — oltre a quello squisitamente sanzionatorio previsto dagli artt. 9 comma 1 lett. *c* e 19 — che occorre ricordare:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

a) prosecuzione dell'attività dell'ente sotto la gestione del commissario giudiziale (il profitto viene confiscato ai sensi dell'art. 15 comma 4);

b) riparazione delle conseguenze del reato da parte dell'impresa (il profitto è messo a disposizione ai fini dell'ablazione: art. 17 lett. *c*);

c) irrogazione della sanzione amministrativa a seguito di inosservanza delle misure interdittive (anche in questo caso si confisca il profitto da reato: art. 23 comma 3);

d) infine quando, in presenza di un reato commesso dai vertici societari, i modelli organizzativi adottati in via preventiva siano risultati efficaci e abbiano pertanto integrato l'esimente (o fatto impeditivo) di cui all'art. 6 comma 1: in questa situazione, la valenza afflittiva della misura scolora ed essa acquisisce la fisionomia di un mezzo inteso a riequilibrare l'ordine economico violato dal reato-presupposto (che produrrebbe — in assenza della confisca — un profitto illecito a vantaggio dell'ente: v. comma 5 dell'art. 6).

Le citate caratteristiche contribuiscono a fare della confisca uno strumento particolarmente incisivo tant'è che, tra quelli annoverati nell'apparato sanzionatorio, essa costituisce — come dimostra il diritto vivente — il più temibile. Non più riconducibile al paradigma delle misure di sicurezza, la misura ablatoria si configura « alla stregua di una pena principale e, dunque, riveste una spiccata connotazione punitiva » (PAOLOZZI); un fenomeno in linea, peraltro, con la progressiva accentuazione del carattere afflittivo della misura in tutte quelle ipotesi, contemplate nel nostro sistema penale, di confisca obbligatoria (ALESSANDRI). Ma non manca chi le attribuisce una preminente finalità *riequilibratrice* o *perequativa* piuttosto che punitiva o afflittiva: « [La] confisca del profitto è rivolta non a peggiorare la situazione dell'ente anteriore al reato ma al tendenziale ripristino dello status *quo ante*, dell'assetto di interessi patrimoniali alterato dall'illecito » (MONGILLO-BELLACOSA; analogamente in giurisprudenza, Cass. 23 novembre 2006, n. 40226; Id. 25 ottobre 2005, n. 41936; nella dottrina penalistica, questa lettura della finalità dell'istituto della confisca è condivisa da MAUGERI e ROMANO). Trattasi di una linea interpretativa che ricava dall'oggetto su cui cade — solo il prezzo o il profitto del reato — lo scopo essenziale della confisca di privare l'ente del guadagno economico conseguito illecitamente (MONGILLO-BELLACOSA).

Da segnalare, infine, che gli effetti della confisca possono essere anticipati, in via cautelare, grazie al provvedimento di sequestro preventivo, applicabile alle cose di cui è consentita l'apprensione coattiva (v. art. 53 e, *infra*, cap. XVII, § 1).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

13. (*Segue*): la nozione di profitto confiscabile.

La *nozione* di profitto *illecito* confiscabile, ai sensi dell'art. 19, è al centro di controversie giurisprudenziali. Va premesso che il criterio del profitto è « *esclusivamente orientato alla sanzione*, come *oggetto* della stessa » (Paliero), e non può pertanto essere confuso con l'*interesse* o il *vantaggio* (di cui all'art. 5), i quali svolgono la funzione di criteri ascrittivi della responsabilità *ex crimine* dell'ente (v., *supra*, cap. V, § 2). Per *individuare* — e successivamente *quantificare* — il profitto illecito da sottoporre ad ablazione occorre fare riferimento ai principi enunciati dal giudice di legittimità, in sede nomofilattica (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.; v., invece, le distorsioni ermeneutiche apportate — muovendo da una fattispecie penale-tributaria estranea, in quanto tale, all'argomento in oggetto — da Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, Gubert; in dottrina, Mucciarelli-Paliero) il quale ha stabilito che il suddetto profitto deve:

1) avere natura *patrimoniale*, in quanto oggetto *materiale* della confisca; come tale deve essere previamente identificabile e quantificabile;

2) risultare *attuale* e *concreto*, nel senso che sarà confiscabile « solo quella utilità effettivamente percepita dal soggetto attivo del reato, con esclusione dei vantaggi futuri (ancorché certi) o solo potenziali » (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a., cit. cui, *adde*, Cass. 28 novembre 2013, n. 10265);

3) essere *causalmente e direttamente riconducibile al reato-presupposto*, cioè « conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato » (Relazione; nello stesso solco, Cass. 20 dicembre 2013, n. 3635).

In definitiva, il profitto del reato va inteso come « complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico » (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a., cit.) quali, ad esempio, il risultato di esercizio individuato tramite il confronto tra "voci" positive e negative del reddito d'impresa. Nel ribadire i principi sopra enunciati, la Suprema corte ha poi escluso che costituisca profitto confiscabile il mancato accantonamento di risorse da destinare al patrimonio di vigilanza degli istituti bancari (Cass. 28 novembre 2013, n. 10265, cit.; cfr., altresì, Id. 11 novembre 2014, n. 15249). La giurisprudenza successiva (al 2008) — intervenuta sempre nel suo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

massimo Consesso — ha tuttavia visibilmente annacquato il rigore di questa interpretazione. Senza smentire il criterio del nesso di diretta derivazione causale dalla condotta dell'autore del reato, dapprima ha ammesso la confiscabilità sia dei beni che siano « in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condotta penalmente rilevante » sia di quelli che costituiscono « l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto del reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti » (Cass., sez. un., 25 giugno 2009, Caruso). Ha poi ulteriormente ribadito che per profitto o provento di reato suscettibile di confisca deve intendersi « altresì ogni altra utilità che [l'autore del reato] realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminale » (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, ThyssenKrupp). E, ancora, ha ricondotto alla nozione di profitto confiscabile « qualsiasi utilità che sia conseguenza dell'attività criminosa, non solo in via diretta, ma anche indiretta e mediata, anche ottenuta dalla trasformazione della *res* originaria in altro bene » (Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, Gubert).

Con specifico riguardo alla *quantificazione* del profitto, la sentenza delle sezioni unite (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a., cit.) ha precisato che esso va « *concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito dal rapporto sinallagmatico con l'ente* ». La premessa di questo principio interpretativo risiede nel fatto che all'attività d'impresa sono spesso connaturati rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive, nei quali può risultare difficile distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti; resta comunque imprescindibile l'esigenza di differenziare il vantaggio economico che deriva direttamente dal reato (cioè il profitto suscettibile di ablazione) dal « corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito (profitto non confiscabile) »: di conseguenza, occorre « sottrarre alla confisca quest'ultimo corrispettivo che, essendo estraneo all'attività criminosa a monte, è distonico rispetto ad essa » (in senso analogo, Cass. 4 maggio 2018, n. 25980; Id. 28 marzo 2018, n. 23897; Id. 22 aprile 2016, n. 23013; Id. 14 luglio 2015, n. 33226; Id. 5 novembre 2014, n. 53430). Dopo avere ribadito che il profitto confiscabile si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, Cass. 23 febbraio 2023, n. 30656, ha altresì puntualizzato che « laddove questo sia integrato da un'operazione economica interamente illecita, l'ablazione deve investire l'intero importo che ne sia

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

oggetto, senza alcuna distinzione tra 'profitto lordo' e 'profitto netto' (fattispecie relativa al riciclaggio, da parte di un istituto di credito, dei proventi di delitti di frode fiscale e di appropriazione indebita, in cui la Corte ha ritenuto confiscabile l'intera somma oggetto delle illecite operazioni, e non il solo utile ricavato dal predetto istituto) ». Ancora due notazioni, queste attinenti alla determinazione della misura del profitto confiscabile. In presenza della complessità di un rapporto contrattuale da cui lo stesso sia scaturito, si riconosce la possibilità per il giudice — necessariamente della cognizione, trattandosi di operazione che non può essere demandata alla sede esecutiva — di avvalersi dello strumento della perizia contabile (Cass. 5 luglio 2023, n. 37326); si ammette altresì che possa fare ricorso a dati notori precisi, desunti da analisi statistiche e corroborati da specifiche norme di riferimento (così, Id. 6 novembre 2019, n. 50710 a proposito di fattispecie in tema di corruzione nel settore dei lavori pubblici). Esclusa, invece, una quantificazione in via equitativa, criterio utilizzabile per il danno, non anche per la confisca del profitto da reato da determinarsi in modo « certo » (Cass., 17 maggio 2023, n. 28148).

Infine, per quanto concerne i reati colposi di evento, commessi in violazione di una disciplina prevenzionistica, la giurisprudenza ribadisce — e trattasi di una forzatura semantica — che il *profitto* oggetto della confisca « si identifica nel *risparmio di spesa* [corsivo nostro] che si concreta nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto » (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, ThyssenKrupp).

14. (*Segue*): l'appartenenza dei beni da sottoporre ad ablazione.

Il problema della appartenenza dei beni — della persona fisica o dell'ente — da sottoporre a confisca, è risolto dalla giurisprudenza facendo ricorso al principio solidaristico, in tema di sanzioni, secondo il quale sarebbe del tutto indifferente la proprietà del patrimonio da apprendere in maniera coattiva (per una critica, v. CIVELLO). La Cassazione afferma che, sulla base della « convergenza di responsabilità della persona fisica e di quella giuridica », e « avuto riguardo all'unicità del reato come fatto riferibile a entrambe », deve « trovare applicazione il principio solidaristico » il quale « informa lo schema concorsuale, con la conseguenza che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può interessare *indifferentemente ciascuno dei soggetti*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

indagati, *anche per l'intera entità del profitto accertato* [corsivo nostro], con il limite però che il vincolo cautelare di disponibilità non deve essere esorbitante » (Cass. 6 febbraio 2009, n. 19764). In altre parole, la Suprema corte ritiene legittima l'apprensione contestuale dei beni degli interessati, indipendentemente dalla loro appartenenza alla persona fisica o a quella giuridica; e ciò in virtù vuoi di un preteso concorso di persone nel reato, vuoi della ritenuta "equivalenza" dei beni degli accusati.

Trattasi di un approccio che utilizza istituti del diritto penale "classico", calibrato sull'individuo: ma la figura del concorso di persone nel reato non è euristicamente spendibile, quale paradigma di riferimento, quando si è al cospetto di illeciti nei quali è coinvolto, oltre alla persona fisica, un soggetto collettivo, il quale — come è noto (v., *supra*, cap. I, § 3) — è entità non riconducibile a schemi antropomorfici. Occorre ricordare che, da un unico evento (penalmente inteso), discendono due diverse forme di responsabilità: quella della persona fisica, autrice del reato-presupposto, e quella della persona giuridica, "interessata" o "avvantaggiata" — *ex* art. 5 — dal reato medesimo. Di conseguenza, la persona fisica, in quanto autore materiale del reato-presupposto, non potrà mai rispondere per l'illecito « amministrativo » dipendente da quel fatto: ad essa è imputabile solo il primo. Le ricadute sul versante sanzionatorio sono esattamente speculari: non (dovrebbero risultare) confiscabili per equivalente i beni della persona fisica, in quanto soggetto che risulta *estraneo all'illecito « amministrativo » addebitato all'ente* e, quindi, alle sanzioni, confisca compresa, che lo puniscono. Reato della persona fisica, fattispecie concorsuale e pena sono istituti tipici del codice penale e delle leggi speciali, concepiti per l'individuo; illecito amministrativo dipendente da reato e relative sanzioni, sono categorie *altre*, ritagliate sulla sagoma del soggetto collettivo (cfr., problematicamente, MACCHIA). Nessuna contaminazione tra le suddette è ammissibile, tanto più laddove appaia ispirata esclusivamente da esigenze di funzionalismo repressivo. Da segnalare un recente orientamento della Cassazione che teoricamente potrebbe dischiudere le porte a una soluzione di tenore più "garantista": « quando la confisca del profitto del reato sia prevista tanto in relazione all'illecito della società [...] che con riferimento al delitto commesso dalla persona fisica il cui comportamento illecito ha dato causa alla condanna dell'ente di appartenenza, la misura ablatoria va disposta, in via prioritaria, nei confronti della società, in via diretta o per equivalente, mentre nei confronti della persona fisica la confisca può essere legittimamente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

disposta ma solo subordinatamente alla condizione del mancato rinvenimento del denaro nelle casse della società beneficiata dal profitto del reato » (Cass. 12 giugno 2024, n. 30601). Sul tema generale della applicabilità della confisca per equivalente e corrispondente sequestro preventivo nella ipotesi di concorso di persone nel reato, peraltro, hanno messo ordine le Sezioni unite della Corte di cassazione con una pronuncia sostanzialmente conforme, di poco successiva (Cass., sez. un., 26 settembre 2024, M.G. e F.M.), (v., *infra*, cap. XVII, § 1).

15. La reiterazione degli illeciti.

Completano il sistema sanzionatorio le disposizioni in materia di reiterazione (art. 20), pluralità di illeciti (art. 21) e di prescrizione (art. 22).

Connotata da rigore, la fattispecie della reiterazione viene in essere quando l'ente, *già condannato in via definitiva almeno una volta* per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nell'arco dei *cinque anni successivi alla condanna definitiva* (art. 20): al di là della terminologia utilizzata dal legislatore, ci si trova al cospetto — nella sostanza — di un fenomeno di *recidiva*. *Ratio* dell'istituto è fronteggiare la pericolosità e la riprovevolezza che trapelano dal concreto "comportamento" dell'ente il quale, nonostante l'intervenuta condanna (definitiva) per uno dei reati-presupposto della responsabilità « amministrativa », indulga, in un lasso temporale successivo (di cinque anni), a compiere un altro reato, disvelando in tale modo insensibilità agli effetti neutralizzativi della sanzione. E, come si ricorderà, la reiterazione costituisce — quale indice sintomatico di elevata gravità della condotta della persona giuridica — uno dei due presupposti (alternativi) per l'applicazione obbligatoria delle sanzioni interdittive (art. 13 comma 2 lett. *b*; v., *supra*, § 5; in giurisprudenza, v. Cass. 16 luglio 2019, n. 38115); dunque, dalla commissione di più illeciti, in determinate circostanze di tempo, deriva un inasprimento sanzionatorio ed è proprio su questo piano che la disciplina della reiterazione si differenzia da quella in materia di pluralità di illeciti.

16. La pluralità di illeciti.

Gli istituti penalistici del concorso formale e della continuazione, adattati (*ex* art. 21) alle peculiarità di un contesto i cui destinatari sono gli enti, e non le persone fisiche, preludono alla applicazione della *san-*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione pecuniaria secondo il criterio del *cumulo giuridico*, cioè un trattamento afflittivo *mitigato* rispetto a quello del mero cumulo materiale (*tot crimina, tot poenae*). Il riferimento della norma in oggetto al limite preclusivo — all'applicazione del cumulo giuridico — rappresentato dal fatto che la serie criminosa sia stata interrotta da una « sentenza anche non definitiva » va inteso nel seguente senso: esso concerne la *commissione dei fatti* — e non la pronuncia della sentenza — « per cui all'applicazione del beneficio non dovrebbero essere di ostacolo la circostanza che uno o alcuni dei reati della serie, pur commessi anteriormente, siano stati scoperti dopo la prima sentenza, o comunque giudicati [...] in tempi successivi » (BRUNELLI). Si aggiunga che in sede di esecuzione (v. art. 74 comma 2 lett. *c*) è comunque accertabile il vincolo della continuazione tra vari reati, risultando di conseguenza applicabile il relativo (e più benigno) trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 21 (BASSI-EPIDENDIO).

L'art. 21 comma 1 prevede l'irrogazione della sanzione pecuniaria prevista per l'illecito più grave, aumentata fino al triplo — ma l'aumento non può risolversi in un ammontare superiore alla somma delle sanzioni applicabili per ciascun illecito — *per il caso di una pluralità di reati commessi con un'unica azione od omissione*: evidente il richiamo al concorso, sia eterogeneo che omogeneo, di cui all'art. 81 comma 1 c.p.

Un ulteriore caso concerne l'ipotesi di una pluralità di reati commessi nello svolgimento della *medesima attività* e non necessariamente realizzati con un'unica azione od omissione; viene qui adombrato il paradigma penalistico della continuazione, declinato in "chiave aziendalistica" e comunque orientato a temperare il trattamento sanzionatorio; in questa fattispecie, infatti, si « evoca il rapporto pertinenziale che deve intercorrere tra i reati e il settore o il ramo di attività dai quali essi dipendono »: di conseguenza, il regime del cumulo giuridico non troverà spazio applicativo laddove la pluralità di violazioni « sia riconducibile ad attività diverse e, in ultima analisi, a diverse lacune organizzative » (RELAZIONE).

Con riferimento, invece, alle *sanzioni interdittive* da irrogare nei casi di concorso formale o di illeciti dipendenti dalla medesima attività, la scelta legislativa è a favore del criterio dell'assorbimento: ciò implica che, in presenza delle condizioni per l'applicazione delle suddette sanzioni, si irroghi quella prevista per l'illecito più grave (comma 2 dell'art. 21).

Il legislatore non ha — infine — ritenuto necessario introdurre una disciplina *ad hoc* per il *concorso materiale delle sanzioni*; risultano quindi applicabili i principi generali in materia: « le sanzioni pecuniarie

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

si cumuleranno per una somma pari al loro importo complessivo; identiche sanzioni interdittive, aventi ad oggetto le medesime attività, si applicheranno per un tempo pari alla loro durata complessiva; qualora, invece, si sia in presenza di sanzioni interdittive di diversa specie ma aventi lo stesso oggetto, esse si applicheranno tutte distintamente e per intero; troveranno invece applicazione congiunta le sanzioni interdittive di diversa specie che colpiscono differenti attività » (RELAZIONE).

17. Il regime della prescrizione.

Come si è potuto constatare, il decreto legislativo sulla responsabilità degli enti è proteso a valorizzare istituti di marcata impronta premiale, funzionali ad incentivare attività riparatorie, risarcitorie e riorganizzative; non deve pertanto stupire che esso non contempli una fattispecie estintiva tipica del diritto penale, qual è la sospensione condizionale della pena, e, più in generale, un compiuto sistema di cause estintive, ma si limiti a prevedere soltanto la prescrizione.

Occorre premettere che l'istituto di cui all'art. 22 riguarda — a dispetto di un dettato normativo che menziona solamente le « sanzioni amministrative » — sia l'*illecito* amministrativo *sia* la *sanzione* (LOTTINI; Cass. 5 maggio 2021, n. 31854). Questa interpretazione è avvalorata vuoi dall'esplicito richiamo alla « data di consumazione del reato », quale *dies a quo* per il decorso del termine di prescrizione (comma 1), vuoi dalla individuazione di atti interruttivi della prescrizione medesima connessi all'attività processuale di accertamento dell'illecito amministrativo (dalla quale potrebbe derivare l'irrogazione della sanzione: comma 2); da entrambi i riferimenti si desume che le regole dettate dall'art. 22 sono ritagliate (anche) sull'illecito amministrativo dipendente da reato.

La disciplina della prescrizione ha un'impronta *di stampo civilistico*, specie per quanto concerne le *cause interruttive*; la scelta — imposta dalla l. delega (l. n. 300 del 2000, art. 11 lett. *r*) — di attingere, in parte, alla regolamentazione civilistica non ha contribuito alla complessiva coerenza della fattispecie in esame.

L'*illecito* amministrativo si prescrive *nel termine di cinque anni dalla consumazione del reato*, purché trascorsi senza soluzione di continuità (per l'esatta individuazione del momento della consumazione bisognerà distinguere, volta per volta, se si tratti di un reato permanente, di un delitto tentato, di un reato sottoposto a condizione obiettiva di punibilità o, ancora, di pluralità di illeciti: v. LOTTINI; RIVERDITI; per Cass. 12 febbraio

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2016, n. 11442, qualora il reato-presupposto « sia quello di corruzione e alla promessa faccia seguito la dazione, è a tale ultimo momento che deve farsi riferimento ai fini del calcolo della prescrizione dell'illecito amministrativo, trattandosi del momento in cui si verifica la consumazione del reato »); *identico regime vale per la sanzione* qualora la sua esecuzione non sia iniziata entro il medesimo termine di cui all'art. 22 comma 1 (Lottini), più in particolare, occorre che la sanzione irrogata sia riscossa, a pena di estinzione, entro cinque anni dal passaggio in giudicato della sentenza pronunciata a carico della persona giuridica e non, invece, di quella pronunciata nei confronti dell'autore del reato-presupposto (Cass. 5 maggio 2021, n. 31854). Come si può notare, si tratta di un termine fisso che prescinde, cioè, sia dalla gravità dell'illecito sia dalla entità della sanzione.

L'interruzione del termine di prescrizione dipende dalla richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive, nonché dalla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59 (art. 22 comma 2): l'insorgere di una di queste cause interruttive dà luogo alla decorrenza di un nuovo periodo di prescrizione, sempre di cinque anni (comma 3); se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito, la prescrizione inizia nuovamente a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio nei confronti della persona giuridica (arg. *ex* art. 22 commi 3 e 4, dai quali si evince che da tale momento decorre un nuovo termine quinquennale di prescrizione; v. Cass. 27 settembre 2016, n. 52316; Id. 19 aprile 2016, n. 20098). Da segnalare che l'effetto interruttivo derivante dalla contestazione dell'illecito, si realizza al momento stesso della richiesta di rinvio a giudizio; in questo senso si è orientata la più recente giurisprudenza (Cass. 15 dicembre 2021, n. 3287, Id. 18 novembre 2021, n. 5121, Id. 11 novembre 2021, n. 23401, Id. 15 gennaio 2020, n. 12278, Id. 1° ottobre 2019, n. 1432, Id. 9 aprile 2019, n. 30634) prospettando una lettura unitaria dell'art. 22, che collega l'effetto interruttivo alla iniziativa del pubblico ministero (così anche per la richiesta di una cautela interdittiva): si è in tal modo superato il contrario indirizzo che la riferiva « al momento della sua notifica, ciò in coerenza con la disciplina civilistica secondo cui l'effetto di interruzione della prescrizione si ottiene con la portata a conoscenza dell'atto al debitore » (Cass. 12 febbraio 2015, n. 18257).

Come anticipato, la regolamentazione dell'istituto presenta profili di criticità. Il legislatore stesso "riconosce" che il rinvio alla legge civile per la disciplina degli atti interruttivi « rischia di dilatare eccessivamente il tempo di prescrizione dell'illecito amministrativo dell'ente,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

potendo persino favorire deprecabili prassi dilatorie, specie nei casi in cui si proceda separatamente nei confronti dell'ente » (Relazione). E questa preoccupazione è fatta propria dalla dottrina che, in primo luogo, stigmatizza l'eccessiva lunghezza del periodo di prescrizione, evidenziando l'irragionevolezza di una disciplina che non tiene conto dello « stretto rapporto di presupposizione che avvinghia l'illecito dell'ente al reato » (Piergallini). Se si considera, in secondo luogo, la regola dell'autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8) — laddove stabilisce che le cause estintive del reato (diverse dall'amnistia) lasciano intatta la suddetta responsabilità — appare chiaro come la prescrizione del reato e quella dell'illecito amministrativo operino « su due piani nettamente distinti », con la possibile conseguenza « che risulti estinto per prescrizione il reato e non l'illecito amministrativo » (Paolozzi; Cordero). Ancora: il meccanismo delle interruzioni (art. 22 commi 2 e 4) « consente l'esecuzione delle sanzioni amministrative addirittura quando è ormai calato l'oblio sul reato da cui dipende l'illecito amministrativo » (Paolozzi). Tutte le censure si appuntano, in ultima analisi, sull'effetto sperequativo prodotto dalla differenziazione tra il regime della prescrizione per il reato della persona fisica e quello per l'illecito della persona giuridica. È comunque da evidenziare che i difetti della normativa sono parzialmente mitigati dall'istituto della decadenza dalla contestazione; se il reato da cui dipende l'illecito amministrativo è estinto per prescrizione, il pubblico ministero non può esercitare l'azione penale contro l'ente (e deve disporre l'archiviazione: v. art. 60 e, *infra*, cap. XVIII, § 6). Resta tuttavia da osservare che, una volta effettuata la contestazione, la prescrizione del reato sopravvenuta non produce conseguenze sul giudizio instaurato a carico dell'ente: per il principio di autonomia (art. 8) ciò comporta la sua prosecuzione, ma obbliga il giudice all'accertamento in via incidentale del reato-presupposto (Cass. 2 marzo 2023, n. 21640; trattasi di indirizzo consolidato: v. Id. 11 novembre 2021, n. 23401, Id. 1° febbraio 2021, n. 28309, Id. 18 settembre 2020, n. 28210, Id. 19 ottobre 2018, n. 52470; v., altresì, Id. 25 gennaio 2013, n. 21192).

Facendo leva sulle contraddizioni fin qui esposte sono stati prospettati dubbi di costituzionalità della disciplina (art. 22) che concernono, per l'appunto, la disparità di trattamento tra la posizione dell'ente e quella dell'autore materiale del reato (art. 3 Cost.) anche con riferimento al principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) inteso come garanzia soggettiva (art. 24 Cost.). L'effetto estintivo (della prescrizione) trova ragione nella carenza di interesse dello Stato

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— trascorso un certo lasso di tempo dal reato — ad esercitare la potestà punitiva: pertanto, poiché *unico* è l'evento da cui scaturiscono le responsabilità della persona fisica e di quella giuridica, non appare giustificabile la divaricazione del regime della prescrizione in funzione del soggetto al quale viene mosso il rimprovero. La questione — portata all'attenzione della Corte di cassazione — è stata dichiarata manifestamente infondata sul rilevo che « la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità 'ex delicto' di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione ». La Corte ha poi precisato che, al riguardo, il legislatore ha realizzato un bilanciamento tra le esigenze di durata ragionevole del processo — con la previsione di un termine di prescrizione breve per favorire certezza alla programmazione dell'attività delle imprese — e le esigenze di garanzia, « corrispondenti, nella specie al valore della completezza dell'accertamento giurisdizionale riferito ad una fattispecie complessa », il quale esige che sia scongiurato il rischio di prescrizione una volta esercitata l'azione e instaurato il giudizio (Cass. 10 novembre 2015, n. 28299). Un ulteriore profilo di illegittimità — per sospetta violazione del principio di ragionevolezza e del diritto di difesa (artt. 3 e 24 Cost.) — concerne l'assenza di una previsione che consenta all'ente di rinunciare alla prescrizione, a differenza di quanto invece contemplato per l'amnistia (art. 8 comma 3) (Lottini).

La questione di una possibile disparità di trattamento tra persona giuridica e persona fisica è stata riproposta a fronte delle significative innovazioni introdotte dalla recente riforma del processo penale promossa dalla l. 27 settembre 2021 n. 134 (*riforma Cartabia*: in dettaglio, v., *supra,* cap. II, § 6.) Il riferimento è qui alla stessa l. delega citata poiché l'istituto di cui si tratta è stato previsto con norma immediatamente precettiva (art. 2 comma 2).

La nuova regolamentazione contempla, come è noto, un inedito istituto finalizzato a favorire la celerità del processo, obiettivo del complessivo intervento legislativo: è regolato della norma dell'art. 344-*bis* c.p.p. e denominato « Improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione ». Come è evidente, opera nelle fasi di impugnazione (appello e ricorso per cassazione) prevedendo che la loro mancata definizione nei tempi stabiliti (incluse le eventuali proroghe) costituisce « causa di improcedibilità dell'azione penale ». Si affianca all'istituto della prescrizione, la quale decorre dalla consumazione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del reato (art. 158 c.p.) e cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado (art. 161-*bis* c.p.). L'applicabilità di questa complessiva disciplina è circoscritta al procedimento per l'accertamento del reato poiché è mancato un corrispondente intervento a proposito di quello attinente all'illecito di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. La conseguenza è che solamente all'imputato è offerta la garanzia di tempi predeterminati di durata del processo.

Si è cercato, perciò, di verificare se la disposizione dell'art. 344-*bis* c.p.p. possa rifluire nel sistema processuale *de societate* così da superare questa sperequazione a danno dell'ente. Le soluzioni avanzate sono di diverso tenore e con prospettazione di differenti risultati. Due sono gli orientamenti favorevoli. L'uno, precisato che l'art. 344-*bis* c.p.p. integra in realtà una "causa di estinzione del processo", afferma che la sua natura di istituto processuale ne determina l'applicazione immediata e diretta nei confronti dell'ente senza limiti di compatibilità *ex* art. 34; anzi, l'avvicinamento del rispettivo regime della interruzione della prescrizione — che interviene in un momento diverso, ma comunque anticipato sia per l'imputato sia per l'ente — rende ingiustificata una protrazione senza limiti temporali solo nei confronti dell'ente. Resta esclusa la sua operatività indiretta, vale a dire come riflesso della improcedibilità *ex* art. 344-*bis* c.p.p. maturata nel processo a carico dell'imputato del reato-presupposto (De Geronimo). L'altro, invece, ammette solamente e proprio una sua applicazione indiretta: ritiene infatti che tale "causa di non proseguibilità dell'azione penale" operi come condizione di procedibilità *ex* art. 37 e provoca, una volta dichiarata nella sede del processo penale, la conclusione anche di quello nei confronti dell'ente. Questo non potrebbe fruire direttamente del nuovo istituto processuale: la sua applicazione in via sussidiaria (art. 34) è impedita dalla presenza della apposita e particolare disciplina della prescrizione dettata dall'art. 22 (Gambardella).

Sul fronte opposto, si registrano due interpretazioni sostanzialmente allineate nel riferire al solo giudizio penale l'operatività dell'art. 344-*bis* c.p.p. La prima mette in rilievo che la sua natura tanto sostanziale che processuale imponeva una previsione espressa relativa al processo nei confronti della *societas* (Velani). La seconda insiste sulla specificità del sistema della responsabilità degli enti da cui derivano le peculiarità del regime della prescrizione *ex* art. 22: da entrambi ricava evidenti ragioni di incompatibilità della nuova disciplina che si caratterizza per la complementarietà tra prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale per violazione dei termini di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. (Beltrani).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Capitolo Dodicesimo

RESPONSABILITÀ E VICENDE MODIFICATIVE DELL'ENTE

Sommario: 1. La responsabilità patrimoniale dell'ente. — 2. Le vicende modificative dell'ente; la trasformazione. — 3. (*Segue*): la fusione. — 4. (*Segue*): la scissione. — 5. (*Segue*): disposizioni comuni a fusione e scissione. — 6. (*Segue*): la cessione di azienda. — 7. L'estinzione dell'azienda.

1. La responsabilità patrimoniale dell'ente.

Laddove siano intervenute modificazioni dell'identità giuridica della *societas*, la sorte della responsabilità per reato dell'ente e delle sanzioni, eventualmente già irrogate, è disciplinata dal capo II del d.lgs. n. 231 del 2001: trasformazione, fusione, scissione, cessione e conferimento d'azienda sono le ipotesi tipiche ivi previste. Trattasi di disciplina che non trova copertura in alcun criterio direttivo nella l. delega n. 300 del 2000 la quale non si è occupata espressamente del fenomeno delle modificazioni dell'ente. In dottrina tuttavia si è escluso che l'iniziativa del legislatore delegato integri un eccesso di delega e anzi è stata variamente giustificata la previsione di apposite disposizioni. Mentre taluno l'ha considerata scelta obbligata poiché la mancanza di regolamentazione avrebbe provocato gravi ricadute sistematiche (Sfameni), altri l'hanno ricondotta al comma 3 dell'art. 11 con cui si delegava il Governo a emanare norme transitorie e di coordinamento con le altre leggi dello Stato (Napoleoni); opinione condivisa dalla giurisprudenza di legittimità che ha anche richiamato il criterio di cui alla lett. *f* dell'art. 11 della l. delega con cui si imponeva di prevedere « sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive » (Cass. 12 febbraio 2016, n. 11442). Il rischio di una possibile elusione del nuovo sistema sanzionatorio è la giustificazione prospettata da chi non ha del tutto accantonato riserve sulla operazione autonomamente compiuta dal delegato e ha avanzato altresì rilievi critici sulla stessa disciplina messa a punto le cui contraddizioni e omissioni hanno favorito significative incertezze applicative (G. Fiorella).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Alla stregua di una "premessa" al citato complesso normativo, l'art. 27 stabilisce che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio — evidente il riferimento alle società per azioni o a responsabilità limitata — o con il fondo comune (e in questo caso si allude alle società di persone ed alle associazioni non riconosciute). La disposizione è intesa a circoscrivere la responsabilità per la sanzione pecuniaria, addossandola all'ente, senza coinvolgere il patrimonio personale dei singoli soci o associati; è così affermato il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta dell'ente in rapporto al pagamento della sanzione pecuniaria applicata per la responsabilità derivante dalla commissione di un reato-presupposto (SCOGNAMIGLIO).

Ai fini dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria non rileva la ripartizione, interna all'ente, fondata sui patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447-*bis* ss. c.c. (SEMERIA).

Quanto al rapporto tra il principio di autonomia patrimoniale perfetta e la normativa "fallimentare" si è rilevato che, dalla regola della non commistione delle procedure fallimentari, deriva l'impossibilità di iscrivere il debito per il pagamento della sanzione pecuniaria nello stato passivo dei soci illimitatamente responsabili: dunque, lo Stato non può rivalersi sui beni di questi ultimi per il relativo pagamento (DE MARZO).

Il secondo comma dell'art 27 estende ai crediti dello Stato, derivanti dalla responsabilità della *societas* per illeciti amministrativi dipendenti da reato, il privilegio che assiste, a norma del c.p.p. (e, in particolare, delle disposizioni in tema di sequestro conservativo), i crediti per il pagamento della pena pecuniaria — a tale fine la sanzione pecuniaria è equiparata a quest'ultima —, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario.

2. Le vicende modificative dell'ente; la trasformazione.

Come anticipato, in epoca successiva alla commissione del reato potrebbero registrarsi eventi — relativi alla struttura societaria — suscettibili di ripercuotersi sulla responsabilità dell'ente. Alla disciplina delle conseguenze connesse a queste vicende evolutive sono dedicate le norme di cui agli artt. 28-33 le quali mirano a contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, quella di evitare che le suddette operazioni « si risolvano in agevoli modalità di elusione della responsabilità », dall'altro, quella di « escludere effetti eccessivamente pena-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

lizzanti », tali da generare remore anche nei confronti di « interventi di riorganizzazione privi degli accennati intenti elusivi » (RELAZIONE).

Si è peraltro già rilevato (v., *supra*, cap. II, § 5) che le previsioni sulle vicende modificative dell'ente presentano problemi di compatibilità con il principio di personalità della responsabilità (art. 27 comma 1 Cost.) nella misura in cui trasferiscono quest'ultima a entità alquanto diverse — frutto delle vicende in parola — da quella ritenuta colpevole dell'illecito. Parte della dottrina ha infatti evidenziato che « appare nettamente deviante, rispetto a qualsivoglia paradigma penalistico, il trattamento sanzionatorio nel caso di vicende dell'ente »; qui, « *dichiaratamente* si seguono, per la sanzione pecuniaria, le *regole civilistiche* riguardanti la *traslazione* delle obbligazioni delle società oggetto o soggetto della modificazione: dove è evidente lo scollamento con il principio di personalità della pena, che non tollera alcun aggiustamento, neppure per gli scopi più nobili (come quelli di evitare elusioni mediante artificiose modificazioni dell'ente) » (ALESSANDRI; analogamente MARINUCCI; PALAZZO; perplessità sono espresse anche da chi si colloca in una diversa prospettiva incentrata sulla soggettività dell'ente: G. FIORELLA; *contra*, tuttavia, DE VERO; NAPOLEONI). Di avviso diverso la giurisprudenza di legittimità chiamata a valutare la conformità costituzionale della complessiva disciplina delle vicende modificative dell'ente (artt. 28-33) e, in particolare, di quella relativa alla fusione (art. 29). La Suprema corte si è espressa specificando che la « necessità di dare una effettiva risposta a livello sanzionatorio per gli illeciti commessi dalla società impone di punire la società risultante da una fusione anche per quegli illeciti commessi dalla società incorporata prima dell'incorporazione stessa, senza che ciò integri una violazione del principio della personalità della responsabilità penale, dato che il fenomeno della fusione non produce l'estinzione delle società fuse o incorporate, in quanto queste ultime continuano ad esistere come soggetti unificati con il soggetto risultante dalla fusione o incorporante: la fusione non determina la morte delle società fuse o incorporate ma, soltanto, una modificazione dei loro atti costitutivi e dei loro statuti, cui si affianca soltanto la perdita della loro 'individualità' » (Cass. 12 febbraio 2016, n. 11442).

Se si volge lo sguardo alle scelte di sistema circa il rapporto tra vicende modificative dell'ente e sanzioni, si rilevano taluni profili di ordine generale. *In primis*, la sorte delle sanzioni pecuniarie risulta regolata in conformità alle regole del codice civile dettate « in ordine alla generalità degli altri debiti dell'ente originario » (RELAZIONE); ri-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mane fermo, al tempo stesso, il principio del « collegamento delle sanzioni interdittive con il ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato » (RELAZIONE; v. art. 30 comma 3); resta aperta, infine, la possibilità di ottenere — da parte dell'ente interessato — la sostituzione delle sanzioni interdittive con una sanzione pecuniaria qualora, a seguito di fusione o scissione, scaturisca una "nuova" organizzazione aziendale in grado di eliminare le carenze che avevano reso possibile la commissione del reato (v. art. 31 comma 2).

Restano da valutare le eventuali ripercussioni che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 e relativo, ennesimo correttivo, *ex* d.lgs. 13 settembre 2024 n. 136) potrebbe avere sugli istituti in esame.

Dopo questa premessa, occupiamoci sinteticamente della disciplina delle singole vicende modificative.

Per quanto concerne la trasformazione, cioè il cambiamento della forma giuridica della società, che si estrinseca semplicemente in una diversa organizzazione (immutata restando l'identità della società stessa), l'art. 28 prescrive che resti ferma la responsabilità per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto. La norma in questione sembra al più confermare « un approdo al quale l'interprete sarebbe potuto comunque pervenire senza difficoltà sulla base dei principi [dell'ordinamento] »; del resto, « la trasformazione di una società in altra di diverso tipo — ma il discorso può estendersi, *mutatis mutandis*, alla trasformazione eterogenea e*, amplius*, di enti non societari — anche quando comporti l'acquisto o la perdita della personalità giuridica, non determina l'estinzione della società originaria e la creazione di una nuova società in sua vece [...]; al contrario, la società rimane sempre la stessa, mutandone solo la 'veste', o meglio, il modulo formale » (NAPOLEONI). Questa conclusione è considerata frutto di una visione estremamente riduttiva del fenomeno della trasformazione che fa coincidere, cioè, la struttura identitaria dell'ente con il solo apparato organizzativo e prescinde dal tenere presente la componente umana che la governa: si osserva che proprio collocandosi in questa più ampia prospettiva — riferita anche alla valutazione dei mutamenti degli assetti proprietari e di governo — è possibile stabilire se sussista una responsabilità autenticamente "personale" (G. FIORELLA).

Da aggiungere che, per l'ente interessato dalla trasformazione — a differenza di quanto stabilito per le ipotesi di fusione e scissione — non

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

è contemplata la possibilità di avvalersi del congegno di sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria (art. 30 comma 2).

3. (*Segue*): la fusione.

Con riguardo alla fusione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti all'operazione (art. 29): la statuizione vale anche per la *societas* incorporante, nel caso di fusione per incorporazione. Ne emerge una « regola generale » ispirata alla « piena continuità » della società risultante dalla fusione (o incorporante) di tutti i rapporti, anche processuali, che facevano capo alle società partecipanti. Nel caso di fusione propria, la nuova società « 'assomma' in sé le responsabilità 'da reato' di tutte le società partecipanti, mentre nel caso di fusione per incorporazione, l'incorporante 'cumula' alle responsabilità sue proprie (che restano ovviamente ferme) quelle dell'incorporata; e ciò sotto ogni aspetto: sanzioni pecuniarie, sanzioni interdittive, confisca di cui all'art. 19, risarcimento del danno » (NAPOLEONI). Si tratta di una scelta di chiara impronta civilistica ispirata alla riforma societaria del 2003 (v. art. 2504-*bis* comma 1 c.c.: « La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione »). Si ritiene che, in realtà, l'ambito operativo dell'art. 29 si estenda anche alle fattispecie di "fusioni atipiche" che attengono ai soli enti di diritto privato (ad. es. le "associazioni" regolate dal libro I c.c.), le quali realizzano il medesimo risultato delle fusioni *ex* libro V c.c. (NAPOLEONI).

Al fine di scongiurare una inopportuna efficacia "espansiva" delle sanzioni (specie quelle interdittive) dalle aziende « malate » a quelle « sane » — l'esempio corre al caso in cui una piccola società, responsabile di un illecito punibile con l'interdizione di contrattare con la pubblica amministrazione, venga incorporata da una grande s.p.a. quotata in borsa —, soccorrono, da un lato, la delimitazione dell'operatività delle sanzioni interdittive al ramo aziendale da cui l'illecito trae origine (art. 14 comma 1), dall'altro, la facoltà dell'ente risultante dalla fusione di chiedere, in presenza di determinati presupposti, la conversione della sanzione interdittiva in quella pecuniaria (art. 31 commi 2 e 4) (RELAZIONE). Per il "rimedio" — comune all'ipotesi di scissione — contemplato anche in relazione alla applicazione della sanzione pecuniaria per il caso in cui fusione e scissione si perfezionino prima della conclusione del giudizio, v., *infra,* § 5.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

4. (*Segue*): la scissione.

Per i casi di scissione — parziale o totale — la disciplina dettata dall'art. 30 tiene conto dell'« accentuato polimorfismo » tipico di un istituto (cfr. art. 2506 ss. c.c.) che consente di razionalizzare le strutture societarie, « rispondendo vuoi ad esigenze di concentrazione, vuoi ad opposte necessità di decentramento delle realtà produttive » (NAPOLEONI). L'operazione in oggetto può « attuarsi con modalità ed esiti sensibilmente diversificati: e, cioè, sia nella forma della scissione *totale* (o *propria*), ossia mediante l'assegnazione dell'intero patrimonio della società scissa (che dunque viene meno) a favore di due o più società (dette società beneficiarie); sia in quella della scissione *parziale* (o *impropria*, o scorporazione), vale a dire mediante l'assegnazione di una porzione soltanto del patrimonio della società scissa (la quale pertanto sopravvive, sia pure 'rimpicciolita') ad una o più società beneficiarie » (ID.). Da tenere presente che il d.lgs. 2 marzo 2023 n. 19 ha inserito nel *corpus* del codice civile l'istituto della scissione mediante scorporo (art. 2506.1 c.c., il cui primo comma è stato poi modificato dalla l. 8 agosto 2024 n. 112) tramite il quale una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote, continuando la propria attività.

La scissione implica, nell'ottica economica, un « *continuum* tra società scissa e società beneficiarie, al di là della loro formale alterità sul piano soggettivo » (ID.). Questo profilo è stato mutuato dal sistema della responsabilità da reato degli enti; così, nel caso di scissione *parziale*, la società scissa rimane responsabile per i reati commessi anteriormente alla data in cui l'operazione ha avuto effetto (mentre le sanzioni interdittive sono comunque applicabili agli enti cui è rimasto o è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività dal quale è originato il fatto illecito: commi 1 e 3 dell'art. 30). Oltre a ciò, l'art. 30 stabilisce (comma 2) che gli enti beneficiari della scissione — parziale o totale che sia — restano obbligati in solido al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per reati anteriormente commessi, nel limite del valore effettivo del patrimonio netto trasferito a ciascuno di essi (ma quest'ultima regola non opera per gli enti ai quali risulta devoluto, anche parzialmente, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato). Articolato e di non semplice lettura, il quadro normativo in oggetto punta, per un verso, ad allineare le sanzioni pecuniarie alla generalità dei debiti dell'ente scisso, per l'altro, a coniugare l'applicazione delle sanzioni interdittive con la continuità

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'attività produttiva (PAOLOZZI). Restano comunque irrisolti non pochi nodi interpretativi di una disciplina piuttosto ambigua, uno dei quali concerne la portata da attribuire alla locuzione « ramo di attività » aziendale di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 30 (SFAMENI; BLASI-ALTIERI; G. FIORELLA).

5. (*Segue*): disposizioni comuni a fusione e scissione.

Fusione e scissione sono poi regolamentate da disposizioni, comuni ad entrambe, in tema di determinazione delle sanzioni (art. 31), nonché di rilevanza (delle operazioni suddette) ai fini della reiterazione (art. 32).

Commisurazione ed esecuzione delle sanzioni, pecuniaria e interdittiva, sono istituti disciplinati in una prospettiva di *favor* per le società che, in fase successiva alla commissione di un illecito, scelgano la via della fusione o scissione adottando, al tempo stesso, un'organizzazione aziendale ispirata ai canoni della *compliance* (BUSSON); in questo senso, il comma 2 dell'art. 31 prevede che l'ente risultante dalla fusione e l'ente al quale, in caso di scissione, è applicabile la sanzione *interdittiva* possono chiedere — anche dopo l'apertura del dibattimento di primo grado — la sostituzione della sanzione interdittiva con quella pecuniaria alle condizioni stabilite dall'art. 17 (intervenuto risarcimento del danno o eliminazione delle conseguenze del reato, messa a disposizione dell'eventuale profitto per la confisca): qualora il giudice accolga la richiesta, la sanzione pecuniaria da irrogare sarà di ammontare pari da una a due volte a quella inflitta alla società in relazione al medesimo reato (comma 3 dell'art. 31). E la possibilità della conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria viene riconosciuta altresì in sede esecutiva, qualora le operazioni di fusione o scissione siano intervenute, per l'appunto, dopo la conclusione del giudizio (art. 31 comma 4).

Con riferimento, infine, alla commisurazione della sanzione *pecuniaria*, è previsto che il giudice debba valutare — per fissare l'importo della quota "base" (v., *supra*, cap. XI, § 2) — le condizioni economiche e patrimoniali della persona giuridica originariamente responsabile nell'evenienza che fusione o scissione siano intervenute prima della conclusione del giudizio (art. 31 comma 1); il riferimento è dunque allo *status* economico-patrimoniale della società *originariamente* responsabile e non a quello, sovente assai diverso, dell'ente « cui la sanzione stessa fa carico dopo la fusione o scissione » (RELAZIONE): il criterio stabilito dalla norma (art. 31 comma 1) — così come quello *ex* art. 11 comma 2 al quale si raccorda — è finalizzato a garantire proporziona-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

lità e adeguatezza della sanzione irrogata (FABBRICIANI) e, in particolare, costituisce una mitigazione del disposto dell'art. 29 comma 1 (BUSSON), per il quale l'ente risultante dalla fusione assurge a nuovo soggetto responsabile dei reati dei quali rispondevano le società originarie.

Il rapporto tra le operazioni di fusione o scissione e l'istituto della reiterazione è regolato dall'art 32 secondo cui, ove l'ente prodotto dalla fusione o l'ente beneficiario della scissione siano responsabili di un reato commesso successivamente alla data in cui tali operazioni hanno avuto effetto, il giudice può ravvisare la reiterazione valutando, a tal fine, le condanne già inflitte nei confronti delle società partecipanti alla fusione o dell'ente scisso per reati commessi anteriormente alle suddette vicende modificative (comma 1). E, a differenza di quanto contemplato dall'art. 20, l'apprezzamento dell'organo giudiziale è discrezionale, fondandosi sulla natura delle violazioni, sull'attività nel cui ambito queste sono avvenute, nonché sulle caratteristiche delle operazioni di fusione o scissione (comma 2 dell'art. 32): in sostanza, il giudice « è chiamato a verificare se vi sia concretamente un *fil rouge* tra vecchie e nuove violazioni, idoneo a legittimare misure repressive più severe di fronte alla 'pervicacia' dell'ente » (NAPOLEONI). Tenendo in debito conto le esigenze di agganciare la responsabilità da reato alla struttura organizzativa aziendale, scaturita dai fenomeni di scissione o fusione, il comma 3 dell'art. 32 stabilisce, inoltre, che la reiterazione può essere riconosciuta nei riguardi degli enti beneficiari della scissione solo se ad essi è stato trasferito, anche in parte, il ramo aziendale nel cui contesto è stato commesso l'illecito accertato dalla sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'ente scisso.

6. (*Segue*): la cessione di azienda.

Con riguardo alla necessità di fronteggiare operazioni (finanziarie) elusive della responsabilità dell'ente, l'art. 33 disciplina le fattispecie della cessione e del conferimento di azienda privilegiando però, al contempo, le « contrapposte esigenze di tutela dell'affidamento e della sicurezza del traffico giuridico, essendosi al cospetto di ipotesi di successione a titolo particolare che lasciano inalterata l'identità (e la responsabilità) del cedente o del conferente » (RELAZIONE).

L'obbligazione solidale del cessionario per le sanzioni *pecuniarie* correlate al reato è contemplata dal comma 1 dell'art. 33; essa sorge nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, salvi il beneficio della preventiva escussione del cedente e il limite del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

valore dell'azienda ceduta: a proposito di quest'ultimo punto si è fatto notare che, per apporre un tetto alla responsabilità dell'acquirente, sarebbe stato preferibile riferirsi al valore dell'attivo aziendale piuttosto che a quello complessivo dell'azienda (BUSSOLETTI). L'obbligazione del cessionario è comunque circoscritta alle sanzioni pecuniarie che risultano dai libri contabili obbligatori, ossia dovute per illeciti « amministrativi » dei quali il cessionario medesimo fosse comunque a conoscenza (comma 2). Rimane esclusa, « in ogni caso, l'estensione al cessionario delle sanzioni interdittive inflitte al cedente » (RELAZIONE; cfr. MASUCCI).

Rispetto alle vicende modificative della trasformazione, fusione e scissione, la materia in oggetto viene dunque diversamente regolata, apprestando un regime volto ad evitare « inopportune remore alla libertà dei traffici ed alla 'certezza' delle operazioni commerciali » (NAPOLEONI). E, da questo punto di vista, l'*inapplicabilità della sanzione interdittiva* (e della confisca: v. Cass. 11 giugno 2008, n. 30001) nei confronti del cessionario rappresenta, senza dubbio, il profilo più rilevante ma, perciò stesso, più esposto a censure: questa "esenzione" potrebbe risolversi — a giudizio di taluno — in « un'allettante offerta per quegli enti rei di illeciti piuttosto gravi, o magari già recidivi, che prevedano nell'immediato futuro l'irrogazione nei loro confronti di sanzioni particolarmente pesanti »; infatti, « nulla impedisce a tali soggetti di cedere l'intera azienda a un terzo a meri fini elusivi, e cioè per sfuggire alla temuta sanzione interdittiva » (BUSSON; *contra* MASUCCI). Fa eco a queste problematiche una decisione della Suprema corte, la quale ha osservato — seppur *incidenter* — che « in caso di fraudolenta cessione di azienda [...] è legittima la nomina del difensore di fiducia da parte del legale rappresentante dell'ente cessionario, non operando il divieto di rappresentanza [*ex* art. 39] in quanto l'ente cessionario non è responsabile dell'illecito, ma soggetto solidalmente obbligato al pagamento della sanzione pecuniaria » (Cass. 27 aprile 2021, n. 25492).

Infine, le disposizioni contenute nell'art. 33 si estendono — in virtù di una previsione ritenuta tuttavia « scontata » (BUSSOLETTI) — alla fattispecie del conferimento d'azienda (comma 3).

7. L'estinzione dell'azienda.

L'estinzione della società è vicenda non presa in considerazione dal d.lgs. n. 231 del 2001 e la mancanza di regole espresse ha provocato rilevanti questioni interpretative dando vita a orientamenti discordanti.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

La problematica include due fenomeni diversi — fallimento e cancellazione dal registro delle imprese — ma intrecciati nelle soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza: per entrambi, infatti, occorre stabilire quali effetti ne derivino sul procedimento nei confronti dall'ente e sulla sua responsabilità.

Iniziamo dal fallimento ora liquidazione giudiziale a seguito del d.lgs. n. 14 del 2019 "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" che sulla questione indicata non ha incidenza. La giurisprudenza di legittimità ha smentito la tesi — sostenuta dai giudici di merito (Trib. Roma, 7 febbraio 2012; Trib. Palermo, 22 gennaio 2007) — che lo parificava alla morte della persona fisica e pertanto lo considerava preclusivo della prosecuzione del procedimento e dell'accertamento della responsabilità della *societas*. La Suprema corte ha negato la loro possibile assimilazione poiché, di per sé, il fallimento non è evento irreversibile — il relativo provvedimento non è definitivo ed è possibile un ritorno *in bonis* dell'ente. Precisato che lo stesso non provoca né l'estinzione dell'illecito addebitato né quella delle sanzioni irrogate (già Cass. 2 ottobre 2009, n. 47171, conformi — anche con articolate argomentazioni a proposito della irrilevanza del silenzio legislativo — Id. 26 settembre 2012, n. 44824; Id. 16 novembre 2012, n. 4335; tale posizione è poi stata recepita dalle Sezioni unite: Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170) ha, quindi, affermato che affinché si verifichino questi effetti occorre la formale cancellazione dell'ente fallito dal registro delle imprese: la conclusione è generalmente condivisa dalla dottrina (Ceresa-Gastaldo, Di Geronimo, Napoleoni, Pistorelli). Rilievi critici, tuttavia, sono stati formulati nell'ambito di una visione più ampia della soggettività degli enti a causa della incidenza che su di essa ha la soggezione a procedura concorsuale (G. Fiorella).

La cancellazione dal registro delle imprese (per le società) o dal registro delle persone giuridiche (per associazioni riconosciute, fondazioni ed enti egualmente soggetti a formalità di iscrizione in apposito registro) è vicenda da tenere distinta dal fallimento: sul rilievo che non rappresenta una semplice "metamorfosi" dell'ente è stata equiparata senz'altro alla morte della persona fisica. Così si è espressa la dottrina che ritiene certo l'effetto estintivo dell'ente: di conseguenza al giudice spetta dichiarare l'estinzione dell'illecito per il venir meno del soggetto cui imputare la relativa responsabilità ed eventualmente applicare le sanzioni (Ceresa-Gastaldo).

A questa valutazione è possibile affiancare altre considerazioni: poiché la riforma societaria del 2003 ha ribadito che la liquidazione e

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la successiva cancellazione dell'ente dal registro delle imprese portano alla estinzione del medesimo (art. 2495 commi 1 e 3 c.c.; le modifiche apportate dalla l. 11 settembre 2020 n. 120 non hanno alterato il nucleo essenziale della prescrizione) ne consegue, nel caso di specie, anche l'estinzione dell'illecito dipendente da reato. Si aggiunga che la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese rende inutili le sanzioni interdittive, vuoi nell'ottica punitiva, vuoi in quella di favorirne l'adeguamento alla legalità. Non essendo l'ipotesi in questione annoverata tra i presupposti della sentenza di non doversi procedere (art. 67), il giudice del dibattimento può comunque pronunciare omologo provvedimento ai sensi dell'art. 529 c.p.p. (norma applicabile nel processo *contra societatem*) o, in via anticipata, la sentenza di cui all'art. 469 c.p.p. (Trib. Milano 20 ottobre 2011).

La giurisprudenza della Suprema corte è tuttavia divisa e ha seguito linee interpretative oscillanti. Secondo un primo orientamento, l'estinzione dell'illecito consegue alla estinzione fisiologica (e non fraudolenta) dell'ente correlata alla chiusura della procedura fallimentare — con cancellazione dal registro delle imprese — e integra una ipotesi assimilabile alla morte dell'imputato: evento che inibisce la prosecuzione del processo « per l'accertamento della responsabilità da reato di un ente oramai estinto, ovvero di una persona giuridica inesistente » (così, Cass. 7 ottobre 2019, n. 41082). Nel ragionamento della Corte assume rilevanza sia la norma dell'art. 35 che, appunto, è posta a fondamento della indicata equiparazione, sia la particolare finalità del processo nei confronti della *societas* di favorire il suo adeguamento organizzativo nel segno della legalità. Giurisprudenza successiva ha ribadito queste argomentazioni obiettando puntualmente alle critiche avanzate dall'orientamento contrario e sottolineando, in particolare, l'inutilità di sanzioni inflitte a un soggetto inesistente sotto il profilo civilistico (Cass. 13 febbraio 2024, n. 25648 — che ha attribuito portata generale alla cancellazione senza cioè distinguere tra fraudolenta e fisiologica —; Id. 27 aprile 2021, n. 25492). Stando alla opinione contrapposta, infatti, la cancellazione dal registro delle imprese della società (nella fattispecie, era stato contestato il reato di lesioni personali aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica) non determina l'estinzione dell'illecito addebitato (così, Cass. 22 febbraio 2022, n. 9006; nella stessa direzione, Id. 8 giugno 2023, n. 37655): nel pensiero della Corte prevale la preoccupazione di evitare "cancellazioni di comodo" ciò che la porta ad affermare l'opinabile equiparazione tra cancellazione dal registro delle imprese e fallimento (ora liquidazione giudiziale).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

PARTE SECONDA

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO TREDICESIMO

IL PROCEDIMENTO DI ACCERTAMENTO DELL'ILLECITO: LE DISPOSIZIONI GENERALI

SOMMARIO: 1. Le disposizioni processuali applicabili: norme *ad hoc* e codice di procedura penale. — 2. L'estensione all'ente della disciplina relativa all'imputato.

1. Le disposizioni processuali applicabili: norme *ad hoc* e codice di procedura penale.

Nell'esaminare il « procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative » (capo III del d.lgs. n. 231 del 2001) un dato obiettivo risulta evidente: delle (poco meno di) cento norme dedicate alla disciplina della responsabilità per reato degli enti, quasi la metà consiste in disposizioni di natura processualpenalistica.

L'accertamento della responsabilità dell'ente è demandato al giudice penale e lo scopo sotteso a questa scelta è duplice. Per un verso, il ripudio dell'opzione "amministrativa" — intesa nel senso di affidare alla autorità amministrativa l'accertamento dell'illecito e l'applicazione delle sanzioni pecuniarie e interdittive — non poteva non sospingere verso un modulo procedimentale caratterizzato, almeno sulla carta, da strumenti « nettamente più incisivi e penetranti » rispetto ai poteri istruttori contemplati dalla l. 24 novembre 1981 n. 689 (« Modifiche al sistema penale »), in materia di depenalizzazione (RELAZIONE); non bisogna infatti dimenticare che l'illecito penale della persona fisica è il *presupposto* di quello « amministrativo » della persona giuridica: affidare la verifica di entrambe le fattispecie al rito penale (e al relativo organo giurisdizionale) è apparsa una scelta coerente con la natura "pregiudiziale" del reato. Per altro verso, il sistema di garanzie del processo penale si prestava ad offrire al "nuovo soggetto" (l'ente collettivo) un tasso di tutela maggiore di quello della cit. l. n. 689 del 1981 e più conforme alla fisionomia penalistica delle sanzioni irrogabili. Ne scaturisce un mini-codice di rito:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

1) connesso intimamente alla parte sostanziale del sistema di responsabilità degli enti;

2) ricalibrato in taluni istituti per ospitare sulla scena processuale la persona giuridica;

3) funzionalizzato ad assecondare, promuovere e premiare sia le condotte riparatorie sia l'adozione dei modelli organizzativi da parte della *societas*;

4) plasmato sul congegno codicistico con l'eccezione — la « più notevole » — dell'archiviazione « dove avviene tutto ad opera del pubblico ministero » (CORDERO).

L'articolato normativo che disciplina il procedimento di accertamento si sgrana in:

a) disposizioni generali;

b) soggetti, giurisdizione e competenza;

c) prove;

d) misure cautelari;

e) indagini preliminari e udienza preliminare;

f) procedimenti speciali;

g) giudizio;

h) impugnazioni;

i) esecuzione.

A chiusura del quadro del d.lgs. del 2001 si rinvengono poi talune disposizioni di attuazione e coordinamento (capo IV), nonché il regolamento di cui al d.m. 26 giugno 2003 n. 201.

La scansione degli istituti processualpenalistici evoca, in maniera non poco suggestiva e nonostante taluni "vuoti" (atti, procedimento davanti al tribunale monocratico, rapporti giurisdizionali con autorità straniere), quella dei libri del codice di procedura penale, integrando — se si conteggia la normativa sulle competenze penali del giudice di pace — un « terzo pilastro » del sistema processuale (GIARDA).

Resta imprescindibile il richiamo a un dato fondamentale (v., *supra*, cap. II, § 6): i problemi originati dal rapporto di sussidiarietà tra il codice di rito e la normativa "speciale" vanno risolti, caso per caso, dall'interprete. Conduce a tale conclusione il tenore dell'art. 34, secondo il quale, per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme del capo terzo nonché, « in quanto compatibili », quelle del codice di procedura penale (e le connesse disposizioni di attuazione, coordinamento e transitorie). Di conseguenza, l'attività ermeneutica deve, come primo passo, affrontare l'eventuale questione procedurale utilizzando le disposizioni dettate dal

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

capo terzo e, solo laddove esse non forniscano — in via diretta o sistematica — una risposta, ricorrerà a quelle del codice di rito, purché queste ultime risultino conciliabili con la *ratio* e la finalità dell'architettura del 2001. In questa prospettiva, talune problematiche di importanza fondamentale, emerse nella prassi giurisprudenziale, hanno provocato disorientamenti interpretativi e sono state fatte oggetto di soluzioni differenziate; si pensi, per esempio, all'onere dell'ente di costituirsi nel procedimento in rapporto all'esercizio della difesa tecnica oppure al regime del rappresentante legale, in bilico tra tutela dell'imputato e obblighi testimoniali. Le medesime incertezze si sono verificate a proposito di istituti introdotti successivamente (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p.; sospensione del procedimento per messa alla prova *ex* artt. 464-*bis* ss. c.p.p.) per i quali il legislatore ha tralasciato sia interventi diretti sia previsioni di coordinamento in relazione al sistema *de societate*.

Da rilevare infine che, sia dalla scelta del processo penale come luogo dell'accertamento dell'illecito amministrativo e dell'applicazione delle sanzioni, sia dalla circostanza che il rito penale si presta ad offrire effettività e garanzie, sia — altresì — dalla piena equiparazione tra ente e imputato (art. 35), non dovrebbero emergere « controindicazioni alla operatività della presunzione di non colpevolezza riferibili alla particolare fisionomia del soggetto coinvolto nella vicenda processuale (persona giuridica) » (PRESUTTI): un dato centrale, la cui valenza risalterà — soprattutto nei suoi profili di costituzionalità — nell'esame delle vicende riguardanti le misure cautelari.

Resta ancora un punto su cui soffermare l'attenzione a proposito del rapporto di sussidiarietà tra il codice di rito e la normativa "speciale" del d.lgs. n. 231 del 2001. Questioni rilevanti sono destinate ad affacciarsi, in particolare, a fronte dell'ampia recente riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio (*riforma Cartabia)*. Si è già specificato che tale imponente rivisitazione del rito penale è stata promossa dalla l. delega 27 settembre 2021 n. 134 alla quale ha dato attuazione il d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150: sulla disciplina così messa a punto è poi intervenuto il d.lgs. 19 marzo 2024 n. 31 che ha introdotto disposizioni integrative e correttive, come consentito dalla stessa l. delega (art. 1 comma 4) (v. *supra*, cap. II, § 6). E, come segnalato, alle significative innovazioni apportate alla disciplina del processo penale fanno riscontro ritocchi minimi e marginali alla regolamentazione del processo *contra societatem* (artt. 59, 61 e 64): al riguardo, pertanto, spetta all'interprete valutare loro applicabilità e ricadute in coerenza

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

con i criteri, già enunciati, imposti dal generale controllo di compatibilità (art. 34) con la *ratio* e la finalità dell'architettura del d.lgs. n. 231 del 2001. Si ricorda che, per esigenze espositive, nella trattazione che segue si farà riferimento generico alla *riforma Cartabia* tutte le volte in cui sarà necessario richiamare e valutare le nuove disposizioni; la fonte normativa, tra quelle indicate, sarà espressamente specificata laddove sia necessario per la migliore comprensione della disciplina processuale sopravvenuta.

2. L'estensione all'ente della disciplina relativa all'imputato.

Oltre all'art. 34, risultano finalizzate ad adeguare l'impianto del d.lgs. n. 231 del 2001 al codice di procedura penale le disposizioni dell'art. 35 — inteso ad estendere all'ente le norme processuali destinate all'imputato — e dell'art. 40, volto a garantire la difesa d'ufficio all'ente che non abbia nominato un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo. Prendiamo qui in considerazione la prima delle due, la quale dispone che all'ente sotto accusa si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato: anche in questo caso il ricorso a queste ultime è subordinato ad uno scrutinio di compatibilità.

La *ratio* della previsione dell'art. 35 consiste nel mettere l'ente « nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie » che spettano all'imputato (RELAZIONE). Una regola da maneggiare *cum grano salis* — non a caso è prescritta la verifica di compatibilità — poiché, dietro la declamazione in essa contenuta, si riaffaccia il problema del soggetto cui è destinata (v., *supra*, cap. I, § 3), cioè a dire quello di evitare visioni antropomorfiche dell'ente; di conseguenza, il dettato dell'art. 35 è riferibile solo alle norme « che riguardano l'imputato come soggetto del processo, quindi, come soggetto di poteri, doveri, oneri, facoltà, aspettative [...], ma non l'imputato come persona fisica » (GIARDA); non troveranno pertanto applicazione le disposizioni riguardanti, per esempio, l'identità fisica, la morte e la capacità dell'imputato o, in ambito probatorio, quelle che concernono la ricognizione personale (artt. 66, 68, 69, 70, 213-214 c.p.p.); e se, per quanto concerne la fase investigativa, non è dubitabile l'operatività dell'art. 61 c.p.p., per il quale i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari, vanno comunque escluse le norme sul prelievo coattivo di campioni biologici e sulla individuazione (artt. 359-*bis* e 361 c.p.p.).

Con riferimento agli atti dichiarativi "personalissimi" — quali l'interrogatorio, l'esame, il confronto, le dichiarazioni spontanee —

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

occorre premettere che l'ente non può, come tale, porli in essere; esso può però partecipare al procedimento penale con il proprio rappresentante legale (purché costui non sia imputato del reato-presupposto: art. 39 comma 1); ma l'art. 35 estende solo all'ente — e non al suo rappresentante legale — le « disposizioni processuali relative all'imputato ». In linea puramente teorica, queste ultime dovrebbero essere applicabili al rappresentante legale dell'ente, al quale andrebbero pertanto assicurati « gli stessi diritti e le stesse garanzie del soggetto rappresentato » (FERRUA); è, tuttavia, quanto mai aperto il rilevante problema del regime del rappresentante legale (v. art. 44) che — anche in ragione dell'applicabilità delle disposizioni codicistiche in materia di "imputato-testimone" (artt. 64 comma 3 lett. *c*, 197, 197-*bis*, 210, 500 c.p.p.) — fluttua tra la garanzia del diritto al silenzio e l'obbligo di deporre (v., *infra*, cap. XV, § 2).

A quest'ultimo tema è collegato l'ulteriore profilo, di cui si è fatto cenno poc'anzi, del rapporto tra obbligo dell'ente — che intenda partecipare al procedimento penale — di costituirsi (art. 39) ed esercizio del diritto di difesa tecnica. Secondo un'interpretazione, coerente con il principio sancito dall'art. 24 comma 2 Cost., alla *societas* spetta il diritto ad avvalersi dell'assistenza difensiva « indipendentemente dall'atto formale di costituzione » (PAOLOZZI; BELLUTA): come si avrà modo di vedere (v., *infra*, cap. XIV, §§ 5 e 6), la giurisprudenza è giunta alla conclusione contraria affermando che la costituzione *ex* art. 39 costituisce un onere operante fin dalla fase delle indagini preliminari e che dal suo adempimento dipende il diritto dell'ente di fruire del difensore di fiducia nominato con conferimento della procura nelle forme previste dall'art. 100 c.p.p. (art. 39 comma 3) (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni). La soluzione prospettata ha poi coinvolto anche il problema della validità della nomina del difensore dell'ente effettuata dal rappresentante legale imputato del reato-presupposto nonché quella dell'esercizio dei diritti strettamente personali, quali la richiesta di procedimenti speciali (il giudizio abbreviato o l'applicazione della sanzione su richiesta) da parte dell'ente non costituitosi (v., *infra*, cap. XIV, § 9).

La statuizione dell'art. 35 si presta poi a molteplici applicazioni di natura, per così dire, indiretta. Da riconoscersi, in primo luogo, il diritto dell'ente di nominare due difensori (art. 96 c.p.p.): il comma 3 dell'art. 39, nel richiamare — limitatamente ai fini della partecipazione al procedimento — le modalità di conferimento della procura speciale prevista per le parti private diverse dall'imputato, sembrerebbe vice-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

versa adombrare la possibilità di nominare solamente un unico legale (ma simile conclusione è stata esclusa dalla giurisprudenza che, anzi, ha ribadito al riguardo la doverosa equiparazione tra ente e imputato *ex* art. 35: Cass. 22 aprile 2021, n. 20728). Vengono in evidenza, in secondo luogo, le speciali previsioni relative alla potestà di impugnare le sentenze: la regola dell'equiparazione "secca" tra ente ed imputato cede il passo di fronte alla disposizione di cui all'art. 71, volta ad introdurre, appunto, una disciplina differenziata per il primo (v*., infra*, cap. XXI, § 2). Infine, l'ente raggiunto dalla contestazione di un illecito « amministrativo » dipendente da reato bene potrebbe assumere — nel procedimento riunito con quello contro la persona fisica — la veste di responsabile civile o di civilmente obbligato per la pena pecuniaria; una qualifica aggiuntiva, a quella di imputato, che il sistema non esclude; si noti inoltre che le diverse strategie difensive, connesse alle altrettanto diversificate posizioni processuali, convergerebbero tutte comunque nel senso di confutare la sussistenza del reato-presupposto: non si appalesano pertanto incompatibilità tra i citati ruoli.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO QUATTORDICESIMO

I SOGGETTI, LA GIURISDIZIONE E LA COMPETENZA

SOMMARIO: 1. Le attribuzioni del giudice penale. — 2. La regola del processo cumulativo; le eccezioni. — 3. I casi di improcedibilità. — 4. Rappresentanza e partecipazione dell'ente al procedimento. — 5. Le conseguenze della mancata costituzione nella fase delle indagini preliminari. — 6. (*Segue*): la mancata costituzione e la contumacia. — 7. Le notificazioni. — 8. La difesa nella fase delle indagini preliminari. — 9. (*Segue*): il conflitto di interessi del legale rappresentante-imputato e i riflessi sull'esercizio del diritto di difesa. — 10. L'inammissibilità della costituzione di parte civile.

1. Le attribuzioni del giudice penale.

Le disposizioni in materia di attribuzioni del giudice penale (art. 36) e di riunione dei procedimenti (art. 38) risentono dell'unicità dell'evento storico il quale è — come noto — fatto di reato per le persone fisiche cui è addebitato e, al tempo stesso, illecito « amministrativo » per gli enti ai quali si applica la peculiare forma di responsabilità. Di conseguenza, il giudice che si occupa del delitto della persona fisica è anche competente per l'accertamento della responsabilità dell'ente (art. 36 comma 1). La cognizione unitaria delle regiudicande ripete le regole sulla competenza del codice di rito: risulta così salvaguardato il principio costituzionale (art. 25 comma 1 Cost.) del giudice naturale precostituito per legge; si tratta di una garanzia processuale che si salda al *nullum crimen sine lege* (art. 25 comma 2 Cost.), cioè al fondamentale principio di legalità che, nel sistema della responsabilità degli enti, è declinato con riguardo sia al reato-presupposto sia all'illecito « amministrativo » (oltre che alla sanzione: v. art. 2). Trovano dunque applicazione le regole sulla capacità del giudice (art. 33 c.p.p.), sulle cause di incompatibilità (artt. 34 e 35 c.p.p.), sulla astensione e sulla ricusazione (artt. 36 e 37 c.p.p.), sulla rimessione del processo (art. 45 c.p.p.). Valgono — come anticipato — le disposizioni ordinarie sulla competenza per materia (artt. 5 e 6 c.p.p.), per territorio (artt. 8-10 c.p.p.) e per connessione (artt. 12, 15

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

e 16 c.p.p.) relative al fatto-reato. Ricordiamo che, per quanto concerne gli illeciti commessi all'estero, la competenza del giudice include anche l'ipotesi in cui l'ente abbia nel territorio italiano la sede principale (art. 4) e che, al fine di determinare quando un reato-presupposto è realizzato fuori dei confini dello Stato, soccorrono i criteri indicati nell'art. 6 comma 2 c.p.; per quanto concerne invece la giurisdizione sull'illecito dipendente da un reato commesso in Italia da ente con sede principale all'estero v., *supra*, cap. III, § 4.

Anche le norme che disciplinano la ripartizione degli affari tra tribunale collegiale e monocratico si prestano ad essere applicate (art. 36 comma 2); una volta individuato il tribunale competente, andranno utilizzate le regole di cui agli artt. 33-*bis* –33-*quater* c.p.p. « per stabilire le corrette attribuzioni tra le diverse composizioni dell'ufficio » (FIDELBO): qualora la vicenda processuale sia attribuita al tribunale monocratico potranno pertanto entrare in gioco — secondo i casi — o le norme sulla citazione diretta a giudizio o quelle che prevedono il rito dibattimentale preceduto dall'udienza preliminare; e il richiamo — operato dal comma 2 dell'art. 36 — alle disposizioni processuali « collegate » a quelle sulla composizione del tribunale è inteso « a chiarire che trova applicazione l'intera disciplina in materia di attribuzione di reati » (ID.), ivi comprese — pertanto — le norme sul difetto di attribuzione (artt. 33-*quinquies* –33-*nonies* c.p.p.).

2. La regola del processo cumulativo; le eccezioni.

Il *favor* per il cumulo processuale si spiega — anche in questo caso — con il carattere di *unicità* del fatto storico; il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente « è riunito » al procedimento contro l'autore del reato (art. 38 comma 1): l'accertamento sulla sussistenza di quest'ultimo rappresenta, da un punto di vista logico, il presupposto di quello sull'illecito addebitato all'ente, e in ciò risiede una delle ragioni della preferenza legislativa per la riunione. Si aggiunga altresì la necessità sia di non inflazionare il meccanismo processuale (se i due processi fossero di regola separati, i verbali di prove — destinati a trasmigrare dall'uno all'altro — dovrebbero soggiacere alla disciplina dettata dall'art. 238 c.p.p., con inevitabili "perdite" di materiale conoscitivo) sia di scongiurare decisioni contrastanti nelle diverse sedi del processo (con l'annesso rischio di un incremento delle richieste di revisione del giudicato); dunque, obiettivi di effettività, omogeneità ed economia

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

processuale portano a contraddire apertamente l'*esprit* codicistico (v. art. 18 c.p.p.), incline alla separazione delle regiudicande (RELAZIONE).

Da qui ad affermare una rigida obbligatorietà della regola della riunione dei procedimenti il passo è però lungo. È infatti lo stesso art. 38 a prevedere un'eccezione dai contorni indefiniti — la lett. *c* del comma 2 ammette la separazione dei procedimenti nei casi in cui « l'osservanza delle disposizioni processuali » la rende necessaria — tale da (rischiare di) svuotare il precetto principale.

S'impone, in via preliminare, un raccordo tra l'istituto in oggetto e il suo omologo codicistico (art. 17 comma 1 c.p.p.), il quale subordina la riunione a una duplice condizione:

a) i processi devono essere pendenti nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice;

b) la riunione può essere disposta quando non determini un ritardo nella definizione degli stessi.

Com'è noto, il modulo di accertamento della responsabilità dell'ente postula un obiettivo di efficienza processuale, la cui realizzazione è affidata alla trattazione unitaria delle regiudicande (art. 38 comma 1); di conseguenza, che la riunione possa determinare un « ritardo » nella definizione dei processi — cioè la condizione negativa contemplata dall'art. 17 comma 1 lett. *b* c.p.p. — è evenienza esclusa dal sistema; anzi, è proprio il legislatore a presumere che la trattazione simultanea comporti benefici di economia processuale.

Quanto all'altra condizione prevista dal codice di rito si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui due procedimenti si trovino l'uno in fase d'appello, l'altro in primo grado di giudizio; la dottrina ha prospettato una soluzione facendo ricorso all'art. 17 comma 1 lett. *a* c.p.p. proprio ove postula che i processi devono pendere nello *stesso* stato e grado (di fronte al medesimo organo giurisdizionale): nella situazione qui ipotizzata il provvedimento di cumulo è quindi da scartare (FIDELBO); una conclusione confortata non solo da considerazioni di economia processuale, ma anche dall'impossibilità di privare l'ente di un grado di giudizio.

Da precisare inoltre che il riferimento dell'art. 38 alla riunione dei « procedimenti » non va inteso in senso letterale in quanto *l'unico istituto* deputato a realizzare — nella fase delle indagini — un risultato in qualche modo analogo all'unificazione dei processi è il collegamento investigativo, tra diversi uffici del pubblico ministero, per i casi di cui all'art. 371 comma 2 lett. *b* c.p.p. Al di là di ciò, è la *scelta* (discrezionale) della conduzione unitaria delle indagini — per il reato-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

presupposto e per l'illecito dell'ente — quella che più si presta ad evocare, sul versante *del pubblico ministero*, gli effetti della riunione *di processi* (possibile, lo ricordiamo, solo davanti *al giudice*).

Alla regola della riunione si deroga « soltanto » in tre esplicite ipotesi di separazione (comma 2 dell'art. 38):

a) la sospensione del procedimento dovuta a incapacità reversibile dell'imputato a parteciparvi coscientemente (art. 71 c.p.p.);

b) la definizione del processo a carico della persona fisica con rito abbreviato, applicazione della pena concordata o decreto penale di condanna;

c) come anticipato, la *necessità* di separare le vicende processuali riconducibile al presupposto della « osservanza delle disposizioni processuali ».

Il rapporto di specialità tra la norma in questione e l'istituto della separazione di processi, disciplinato dall'art. 18 c.p.p., non lascia — salvo qualche eccezione — significativi spazi applicativi a quest'ultima disposizione.

Riguardo al primo dei tre casi, una volta disposti gli opportuni accertamenti clinici, il giudice, verificata l'incapacità dell'imputato — che non può, di per sé, impedire l'accertamento nei confronti dell'ente (art. 8 comma 1 lett. *a*) —, pronuncia un'ordinanza avente ad oggetto sia la sospensione del processo penale contro l'autore del reato-presupposto (il cui stato di incapacità è sottoposto a verifica periodica: art. 72 comma 1 c.p.p.) sia la separazione del processo riguardante la persona giuridica, che seguirà il proprio corso.

Quanto alla definizione del processo tramite i procedimenti alternativi, la condizione di cui all'art. 38 comma 2 lett. *b* è da intendersi riferita non solo all'accertamento del reato-presupposto dell'imputato-persona fisica, ma anche a quello dell'illecito dell'ente; lo confermano, del resto, le disposizioni di cui agli artt. 62 (giudizio abbreviato), 63 (applicazione della sanzione su richiesta) e 64 (decreto penale di condanna) rivolte proprio alla persona giuridica che, quindi, può optare autonomamente — ovvero senza dipendere dalle decisioni processuali dell'imputato del reato-presupposto — per i riti speciali di cui agli artt. 62 e 63. Da sottolineare che la separazione è esplicitamente contemplata per i procedimenti alternativi a caratura *premiale*, cioè quelli al cui esito l'imputato guadagna uno sconto sulla sanzione. Laddove nei procedimenti riuniti le *scelte degli imputati (persona fisica e giuridica)* si diversifichino — ove cioè l'uno percorra la strada del rito ordinario mentre l'altro richieda il giudizio abbreviato o il "patteggia-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mento" —, il provvedimento di separazione è inteso a permettere la prosecuzione del processo nei confronti del soggetto che non abbia eletto la via del rito speciale. Lo stesso vale quando i presupposti per definire il giudizio con un rito speciale sussistano per uno — ma non per l'altro — dei due procedimenti (BASSI-EPIDENDIO). Da osservare che la separazione non sembra subordinabile alla irrevocabilità della sentenza emessa in esito al *giudizio abbreviato* o *alla applicazione della pena ex art. 444 c.p.p.* (nonostante la lett. *b* della norma in questione contempli un « procedimento [...] definito »); lo « strettissimo nesso delle due regiudicande » potrebbe infatti rendere incompatibile il giudice: nel pronunciare la sentenza (nei riguardi dell'autore del reato) egli esprime — seppure *incidenter* — una valutazione anche sulla posizione dell'ente, con conseguenti ripercussioni sul giudizio a carico di quest'ultimo (FIDELBO). Ne consegue la necessità, in vista dell'individuazione di un altro giudice che decida sull'illecito « amministrativo », di provvedere — prima della irrevocabilità della sentenza — alla separazione.

Quest'ultima potrebbe essere disposta in due diversi momenti. O contestualmente *all'emissione della sentenza* con la quale si chiude il procedimento alternativo, oppure quando l'imputato *è ammesso* alla celebrazione del processo con rito speciale (PIZIALI). Nel primo caso, il procedimento contro l'ente, che abbia scelto il rito ordinario, dovrebbe essere prudenzialmente sospeso, con ricadute negative sui tempi di celebrazione; la soluzione è tuttavia inevitabile quanto al giudizio abbreviato perché non è detto che questo approdi alla sentenza: infatti, un'eventuale nuova contestazione all'imputato potrebbe indurlo a ritornare sul sentiero del giudizio ordinario (art. 441-*bis* comma 4 c.p.p.); alla luce di ciò, appare preferibile attendere *l'emissione della sentenza* (con cui si conclude l'abbreviato) per effettuare la separazione; un simile rischio non sussiste laddove invece la richiesta di "patteggiamento" abbia superato il vaglio giudiziale: il provvedimento rescissorio può bene intervenire contestualmente all'*ammissione* al rito, ma resta da osservare che in relazione al procedimento in esame in realtà definizione (emissione della sentenza) e ammissione (al rito) coincidono.

Passiamo ora in rapida rassegna *le scelte del rito a disposizione del pubblico ministero*. Il decreto penale di condanna — contro la persona fisica o giuridica — è emesso in fase di indagini (non si tratta dunque, come detto, di una vera e propria causa di separazione di regiudicande); una volta « sfalsate, le due vicende processuali sono destinate a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

non ricongiungersi più » (PAOLOZZI): le opzioni a disposizione dell'imputato (ma anche dell'ente) — che intenda presentare opposizione al decreto in parola — sono infatti talmente diversificate (giudizio immediato, abbreviato, applicazione di pena concordata nonché sospensione del procedimento per messa alla prova, rito speciale, questo, nemmeno contemplato per l'ente: v., *infra*, cap. XIX, § 1) da rendere non prefigurabile una successiva riunione di processi.

Diversa la soluzione per il giudizio direttissimo e il giudizio immediato; premesso che questi sono applicabili, nel processo *de societate*, nonostante il silenzio della normativa in merito (v., *infra*, cap. XIX, § 18), il pubblico ministero procederà — in ragione della regola generale del processo simultaneo — al giudizio direttissimo o chiederà l'immediato, per entrambi gli imputati (la persona fisica e quella giuridica), *in via congiunta*, laddove sussistano i presupposti per quanto concerne il procedimento nei riguardi dell'ente *e* dell'autore del reato-presupposto. Nella diversa ipotesi in cui i requisiti dei riti in oggetto sussistano solo per l'ente o solo per l'imputato, il procedimento *contra societatem* non può essere separato da quello dell'imputato-persona fisica ed entrambi proseguiranno con il rito ordinario. Tale conclusione trova conforto nella regola della trattazione congiunta, di cui all'art. 38 comma 1 che, peraltro, rispecchia quella codicistica; gli artt. 449 comma 6 e 453 comma 2 c.p.p. prevedono che, quando il reato per cui è richiesto il giudizio direttissimo o immediato risulta connesso con altri reati per i quali *mancano* le condizioni che giustificano la scelta dei suddetti riti, si procede separatamente per gli altri reati e nei confronti degli altri imputati « salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini »; ma — aggiungono le due citate disposizioni — « [s]e la riunione risulta indispensabile, prevale in ogni caso il rito ordinario »: ed è esattamente in questo senso che la soluzione per la trattazione congiunta, esplicitata dall'art. 38 comma 1, coniuga le regole codicistiche *ex* artt. 449 comma 6 ultimo periodo e 453 comma 2 ultimo periodo c.p.p. Per approfondimenti sul punto v., *infra*, cap. XIX, §§ 2 e 18.

Chiude la casistica dell'art. 38 comma 2 la disposizione (lett. *c*) che ha l'effetto di diluire la tassatività delle prime due; essa va pertanto declinata con spirito restrittivo, onde evitare un'inflazione delle ipotesi di separazione, con conseguente vanificazione del principio del *simultaneus processus* predicato dal medesimo art. 38. Perciò, il presupposto relativo alla *necessità* di osservare le « disposizioni processuali » non può essere *tout court* identificato con le numerose condizioni per la separazione contemplate dall'art. 18 c.p.p. (FERRUA). D'altro canto, la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

separazione appare comunque necessaria in *taluni* snodi processuali del codice di rito (contemplati dall'art. 18 medesimo) che vengono in rilievo anche nel processo contro l'ente; si pensi — a titolo meramente esemplificativo — alla sentenza di non luogo a procedere emessa, nei riguardi dell'imputato, all'esito dell'udienza preliminare (alle condizioni stabilite dall'art. 425 c.p.p.), alle cause di sospensione che concernono uno dei due procedimenti (risoluzione di una questione pregiudiziale *ex* artt. 3 e 479 c.p.p., decisione sulla richiesta di rimessione del processo *ex* art. 47), alla sopravvenuta incompatibilità dell'organo giurisdizionale rispetto ad una parte del processo, ai casi di annullamento della sentenza — in sede di impugnazione — nei confronti di una sola parte. Quanto alle ipotesi esplicitamente previste nel d.lgs. n. 231 del 2001, vanno menzionate la *sospensione* del procedimento *contra societatem*, qualora sia stato impossibile effettuare le regolari notificazioni alla persona giuridica irreperibile (art. 43 comma 4), o, ancora, il caso di *sospensione* del processo di cui all'art. 65, finalizzato a consentire l'espletamento delle condotte riparatorie *ex* art. 17. In entrambi i casi, è logico presumere che l'accertamento proseguirà, in via separata, nei confronti dell'autore del reato-presupposto.

Un cenno, per concludere, al regime probatorio degli atti processuali. Se i procedimenti nei confronti dell'autore del reato-presupposto e dell'ente sono riuniti, gli elementi conoscitivi dell'indagine e le prove formate in dibattimento sono acquisiti con riferimento a entrambi gli accertamenti. Se nascono separati — o vengono successivamente rescissi — l'acquisizione dei verbali di prove dall'uno all'altro procedimento soggiace alle regole dell'art. 238 c.p.p.

La sentenza irrevocabile di un diverso processo può essere acquisita — ai fini della prova dei fatti in essa accertati (art. 238-*bis* c.p.p.) — purché pertinente e rilevante (art. 187 c.p.p.) e va valutata unitamente agli altri elementi di prova che corroborano l'attendibilità delle conclusioni cui essa è pervenuta (art. 192 comma 3 c.p.p.). A parte sta il caso del rito alternativo del "patteggiamento"; il suo epilogo decisorio non riflette né un accertamento del reato, né un riconoscimento della colpevolezza del suo autore: pertanto, nel processo contro l'ente il *thema probandum* verterà comunque sulla sussistenza del reato-presupposto, in ordine al quale l'imputato-persona fisica aveva concordato, con la pubblica accusa, l'applicazione della pena. E proprio in virtù del fatto che la sentenza patteggiata non fa stato nell'altro processo, analoga conclusione vale per il caso inverso.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

3. I casi di improcedibilità.

La separazione delle regiudicande è altresì funzionale al principio di autonomia della responsabilità dell'ente che — lo si ricorderà — pur afferendo alla "parte sostanziale" (art. 8), riveste una significativa portata processuale: il provvedimento rescindente favorisce un accertamento sull'illecito « amministrativo » in assenza di una verifica sulla responsabilità da reato della persona fisica (che potrebbe non essere stata identificata o risultare non imputabile). Tuttavia, nell'art. 37 si rinviene una preclusione all'accertamento dell'illecito che opera quando l'azione penale nei confronti dell'autore del reato-presupposto non può essere esercitata per la mancanza — originaria o sopravvenuta — di una condizione di procedibilità: trattasi, dunque, di un esplicito limite al suddetto principio di autonomia (che concerne, come noto, anche i casi di estinzione del reato diversi dall'amnistia). In altre parole, l'ente può finire sotto accusa indipendentemente dall'individuazione dell'autore del reato-presupposto o nonostante il reato stesso si sia estinto, ma laddove *difetti una condizione per procedere* contro il presunto responsabile — querela dell'offeso, richiesta di procedimento da parte del Ministro della giustizia — anche l'accertamento contro la *societas* è interdetto. Se l'azione penale non è esercitata contro l'autore del reato (persona fisica) — e ciò a causa di un apprezzamento "privato" (dell'offeso) o "pubblico" (dell'autorità politica), l'uno o l'altro di tenore comunque *negativo* — non sembra logico ipotizzare conseguenze diverse per quanto concerne l'azione penale nei confronti dell'ente.

Invero, i casi suscettibili di fare scattare il meccanismo di sbarramento contemplato dall'art. 37 non sono particolarmente numerosi né appaiono di spiccata rilevanza.

I reati-presupposto per la cui procedibilità è necessaria la querela attengono prevalentemente a talune fattispecie in ambito societario (a seguito della riforma di settore introdotta dalla l. 27 luglio 2015 n. 69);si segnalano: le false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori (limitatamente ai fatti di lieve entità di cui all'art. 2621-*bis* comma 2 c.c.), l'impedito controllo nel caso di cui all'art. 2625 comma 2 c.c., le operazioni compiute in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.), l'indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei creditori (art. 2633 c.c.) e il delitto di corruzione tra privati (art. 2635 comma 3 c.c.) e quello di istigazione alla corruzione tra privati (art. 2635-*bis* comma 1 c.c. *ex* d.lgs. 15 marzo 2017 n. 38). Quanto alla condizione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

della richiesta di procedimento da parte del Ministro della giustizia, essa concerne i reati commessi all'estero da enti con sede principale nel territorio dello Stato; si è al cospetto di un'istanza del tutto eventuale, in quanto fondata su una previa valutazione politica, che concerne non solo l'autore del reato-presupposto, ma anche l'ente (art. 4; v., *supra*, cap. III, § 4).

Il difetto della condizione di procedibilità va rilevato con apposito provvedimento del pubblico ministero, se il procedimento è nella fase delle indagini, o del giudice, se in fase giurisdizionale. Nel primo caso si tratterà di un decreto motivato di archiviazione, con contestuale trasmissione degli atti al procuratore generale presso la corte d'appello (art. 58). Successivamente all'esercizio dell'azione penale il provvedimento che dichiara l'improcedibilità deve rivestire la forma di una sentenza di proscioglimento; pertanto, in udienza preliminare il giudice deve emettere sentenza di non luogo a procedere (anche nel caso di improcedibilità della sanzione amministrativa, *ex* art. 61 comma 1), negli atti preliminari al dibattimento la sentenza liberatoria rivestirà le forme e sarà adottata con la procedura deliberativa previste dall'art. 469 c.p.p., mentre all'esito del dibattimento (o nei riti alternativi *ex* artt. 62 e 63) il proscioglimento avverrà a norma dell'art. 529 c.p.p. — applicabile in forza della clausola di richiamo al codice (art. 34) — e assumerà le vesti della sentenza di non doversi procedere (*ex* art. 67).

Una considerazione a parte merita la diversa causa di improcedibilità per incapacità processuale di natura irreversibile accertata in capo all'imputato (art. 72-*bis* c.p.p.), riferita pertanto a una condizione soggettiva (attinente alla situazione personale dell'imputato) e non agli atti di impulso del procedimento. Si tratta della nuova fattispecie introdotta dalla l. 23 giugno 2017 n. 103 allo scopo di porre rimedio all'ipotesi in cui la partecipazione cosciente dell'imputato al procedimento sia impedita da uno stato di infermità mentale appunto non reversibile che compromette in via permanente l'esercizio del diritto di difesa. Le esigenze di economia processuale a base della complessiva manovra di riforma hanno suggerito di prevedere che tale situazione, una volta verificata, obbliga il giudice a pronunciare sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere: si tratta di epiloghi che sanciscono la mancanza di una condizione di procedibilità e precludono l'accertamento sia del reato addebitato alla persona fisica sia dell'illecito contestato all'ente. La soluzione normativa individuata si differenzia da quella già contemplata dall'art. 71 c.p.p. che, per il caso di stato di incapacità reversibile, comporta la sospensione (temporanea)

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del procedimento a carico dell'imputato e si traduce nella causa di separazione di quello nei confronti dell'ente, espressamente stabilita dall'art. 38 comma 2 lett. *a* (v., *supra*, § 2).

Trovano spazio operativo, infine, gli istituti previsti rispettivamente dall'art. 345 c.p.p. — questo ora esplicitamente riferito anche alla nuova ipotesi di improcedibilità *ex* art. 72-*bis* c.p.p. — e dall'art. 346 c.p.p.; archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento non precludono la procedibilità qualora, successivamente a tali provvedimenti, la condizione si manifesti o si riscontri un errore di diagnosi nonché una patologia simulata quanto alla condizione di cui all'art. 72-*bis* c.p.p.: l'accertamento potrà, in tal caso, riprendere; possono inoltre essere compiuti gli atti urgenti necessari ad assicurare le fonti di prova in mancanza di una condizione di procedibilità che può ancora sopravvenire, così come l'incidente probatorio « quando vi è pericolo nel ritardo » (art. 346 c.p.p.).

4. Rappresentanza e partecipazione dell'ente al procedimento.

Modalità di partecipazione al procedimento penale (art. 39) e regime delle notificazioni (art. 43) siglano significativi punti di diversificazione dalla regola generale intesa ad equiparare la posizione dell'ente a quella dell'imputato (art. 35).

La disciplina dell'intervento della persona giuridica nel procedimento echeggia quella propria delle altre parti private, piuttosto che quella tipica dell'imputato: l'ente non può infatti parteciparvi « se non attraverso una persona fisica che lo rappresenti » (RELAZIONE) — per l'appunto, il rappresentante legale (art. 39 comma 1) ossia « un mandatario munito di apposita e specifica delega » (FIDELBO). La ragione di questa scelta legislativa sta nel rapporto di relazione organica che lega tale soggetto all'ente; ne è riprova — *a contrario* — il fatto che, qualora la persona fisica sia imputata del reato dal quale dipende l'illecito « amministrativo », essa non potrà rappresentare la società nel procedimento; la preclusione scatta non solo con l'imputazione, ma — altresì — con la sottoposizione ad indagine del legale rappresentante; l'accusa deve riguardare il reato-presupposto (lo stesso contestato all'ente), o un reato connesso (*ex* art. 12 comma 1 lett. *a* e *c* c.p.p.) o collegato (*ex* art. 371 comma 2 lett. *b* c.p.p.); il *rationale* processuale di questa forma di "incompatibilità" è di scongiurare *il conflitto di interessi* tra le posizioni del rappresentante e del rappresentato (v., *infra*, § 9).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

La *societas* che si determini a partecipare al procedimento, vale a dire a intervenire personalmente, deve costituirsi depositando — « nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente » — una dichiarazione contenente, a pena d'inammissibilità (art. 39 comma 2):

1) la denominazione dell'ente e le generalità del rappresentante legale;

2) le generalità del difensore e l'indicazione della procura (che è conferita nelle forme di cui all'art. 100 comma 1 c.p.p.: art. 39 comma 3);

3) la sottoscrizione del difensore;

4) la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

La partecipazione formalizzata riguarda non solo la fase processuale ma, altresì, quella delle indagini preliminari; questa conclusione è confortata sia dalla prevista possibilità di depositare la procura al difensore anche nella segreteria del pubblico ministero (con chiara allusione alla fase dell'indagine quale primo termine utile per costituirsi: comma 4 dell'art. 39), sia dalla previsione secondo cui nell'informazione di garanzia deve essere esplicitato l'avvertimento che, per partecipare al procedimento, occorre depositare la dichiarazione contemplata dall'art. 39 (art. 57).

L'inosservanza dei requisiti formali dell'atto di costituzione ne determina l'inammissibilità (che, se accertata nel processo, comporterà la contumacia dell'ente: v. *infra*, § 6); ma, proprio in quanto adempimenti di forma, la dichiarazione può essere ripresentata, in qualsiasi momento, così sanando l'irregolare costituzione.

L'intervento formalizzato con la costituzione produce i propri effetti in ogni stato e grado del procedimento.

Le previsioni della sottoscrizione da parte del difensore (munito di procura *ad litem*) e della dichiarazione (o elezione) di domicilio alla stregua di requisiti *essenziali* dell'atto di costituzione dell'ente nel procedimento rappresentano « un sintomo quanto mai chiaro della *voluntas legis* di disciplinare l'intervento della persona giuridica sulla falsariga di quello del convenuto nel processo civile » (PAOLOZZI). Del resto, la formalizzazione della costituzione serve — si diceva poc'anzi — « a definire le modalità pratiche di partecipazione dell'ente al procedimento, individuando innanzitutto il soggetto deputato a manifestare la volontà della persona giuridica nel processo, consentendone lo svolgimento e assicurando che gli effetti processuali si producano nella sfera giuridica del soggetto collettivo » (FIDELBO). La giurisprudenza ha ravvisato una ulteriore funzione: secondo le Sezioni unite le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quali, come si vedrà, hanno stabilito che la costituzione è onere che opera sin dalla fase delle indagini preliminari, essa serve a rendere ostensibile quanto prima l'eventuale conflitto di interessi del rappresentante legale — indicato nell'atto stesso — indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni). In ogni caso, la matrice processualcivilistica della disciplina in oggetto emerge, altresì, laddove il legale rappresentante dell'ente, regolarmente costituito, non sia comparso: non si ha contumacia, né assenza dell'ente, bensì un'ipotesi di rappresentanza legale *necessaria*, da parte del difensore (art. 39 comma 4). Non manca peraltro chi ha paragonato l'istituto in parola a quello previsto dall'art. 475 comma 2 c.p.p. (FIDELBO) in cui l'imputato, allontanato dall'aula, si considera presente (ed è rappresentato dal difensore).

Dunque, la "volontà" della persona giuridica si *può* manifestare nel procedimento grazie al veicolo del legale rappresentante. È ipotizzabile che l'"insistenza" del legislatore sulla "necessità" che l'ente si costituisca persegua l'obiettivo di informare compiutamente l'organo giurisdizionale circa la sua organizzazione interna (la prescritta indicazione delle generalità del legale rappresentante è in tal senso sintomatica: art. 39 comma 2 lett. *a*). Ma, in particolare, si collega alla specifica finalità specialpreventiva del processo *de societate*: la partecipazione attiva dell'ente tramite il suo rappresentante legale permette, infatti, di coinvolgerlo concretamente nella scelta di intraprendere e di attuare quelle condotte restitutive-riparatorie e di riorganizzazione strutturale che segnalano il suo ritorno alla legalità (BELLUTA).

In altre parole, il sistema predilige questa *modalità* di partecipazione, disciplinandone le formalità (al cui adempimento si ricollegano effetti giuridici in capo all'ente), ma ciò non autorizza a ritenere che la *societas*, la quale scelga di *non* costituirsi, non possa esercitare *taluni diritti fondamentali propri dell'imputato*. Viene in evidenza il diritto all'*autodifesa* — che include il compimento di atti "personalissimi" quali, ad esempio, la richiesta di giudizio abbreviato, di applicazione della sanzione, di rito immediato o la rinuncia all'impugnazione — che non può certo essere necessariamente subordinato al rispetto delle formalità dettagliate dall'art. 39 commi 2 e 3. L'ente non costituito il quale intenda esercitare i suddetti diritti potrà infatti nominare un procuratore speciale (arg. *ex* artt. 438 comma 3 c.p.p., per il giudizio abbreviato, 446 comma 3 c.p.p., per l'applicazione di pena concordata, 419 comma 5 c.p.p., per la rinuncia all'udienza preliminare con contestuale richiesta di rito immediato, 589 comma 2 c.p.p., per la rinuncia

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

all'impugnazione); quest'ultimo si identificherà, negli schemi della prassi, con il difensore, la cui procura speciale dovrà *espressamente* menzionare il potere di esercitare tali facoltà. Il profilo appena esaminato non va confuso con quello del diritto alla *difesa tecnica*. Il primo concerne le attività che l'ente può compiere *solo personalmente* (nel procedimento penale *contra societatem* — adempiendo — lo ripetiamo — le ritualità della costituzione o nominando un procuratore speciale *ad acta*); il secondo attiene al godimento dei diritti difensivi che spettano all'ente in virtù della sua equiparazione all'imputato (art. 35): per esempio, quello di nominare (non più di) due difensori (con le modalità dell'art. 96 comma 2 c.p.p. e non necessariamente, quindi, con le forme della costituzione) o di assistere — con il proprio rappresentante legale e con il proprio difensore — agli atti di indagine, ivi compresi quelli compiuti senza preavviso (v., *infra*, § 8). Come si è anticipato e come sarà illustrato in seguito (v., *infra*, § 5), stando a una presa di posizione della Corte di cassazione, a Sezioni Unite (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni), l'esercizio della difesa tecnica è subordinato alla formale costituzione a norma dell'art. 39, configurato come onere che opera già nella fase delle indagini preliminari, a partire dal momento in cui l'ente abbia ricevuto l'informazione di garanzia (art. 57).

La stessa formalità di costituzione è prevista dall'art. 42 per l'ente risultante dalla trasformazione o dalla fusione, o beneficiario di un'operazione di scissione, che intenda partecipare al processo nello stato in cui si trova. Si è dunque attribuita « all'ente subentrato al soggetto collettivo originariamente responsabile una veste processuale coincidente, a tutti gli effetti, con quella dell'imputato »; resta così impregiudicata « la piena efficacia della pronuncia conclusiva del giudizio nei confronti della persona giuridica risultante dalle vicende modificative » (Paolozzi; per la sentenza v. art. 70 e, *infra*, cap. XX, § 8). Si è fatto notare che se la modificazione dell'ente interviene *dopo* la sua costituzione in giudizio — e l'ente trasformato non provvede ad effettuare una "nuova" dichiarazione ai sensi dell'art. 39 comma 2 — il giudice dovrà pronunciare una declaratoria di contumacia nei confronti di quest'ultimo, non potendosi considerare più valida la costituzione dell'ente originario (Bassi-Epidendio): questa soluzione presuppone tuttavia che l'organo giurisdizionale sia a conoscenza della sopravvenuta vicenda modificativa. Un'altra interpretazione ha peraltro ritenuto che — in difetto di costituzione del nuovo ente — il procedimento debba continuare « comunque a svolgersi nei confronti dell'ente originaria-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mente citato [...] non diversamente che nell'ipotesi in cui i[l] giudice abbia ignorato la vicenda modificativa » (NAPOLEONI).

5. Le conseguenze della mancata costituzione nella fase delle indagini preliminari.

Si sono già specificate le ragioni per le quali la formale costituzione a norma dell'art. 39 è stata prevista ai fini della partecipazione della *societas* al procedimento nonché gli obiettivi perseguiti dal legislatore; da aggiungere che essa è espressione della sua scelta autodifensiva. Ma è evidente che la sentenza pronunciata in esito al processo produce effetti anche nei confronti dell'ente che non si sia costituito: in altre parole, in quanto parte necessaria, l'ente "partecipa" comunque al procedimento. Su un piano diverso si pone la difesa tecnica, obbligatoria e assicurata dalla nomina del difensore di fiducia o d'ufficio nei casi regolati dall'art. 40.

Se si tiene presente questa articolazione del diritto di difesa, non si può dubitare che all'ente siano assicurate tutte le prerogative difensive a prescindere dalla scelta di costituirsi: in sostanza, l'ente è titolare del diritto di difesa che può esercitare mediante il difensore di fiducia e già con la sua nomina *ex* art. 96 c.p.p.; restano salvi gli atti c.d. personalissimi (art. 99 comma 1 c.p.p.), impediti al difensore, per i quali si richiede l'atto di costituzione o la nomina di un procuratore speciale *ad acta*.

Questa lineare configurazione — si è anticipato — non è stata condivisa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni) che hanno proposto una lettura sistematica del processo *de societate* cui è difficile aderire. La giurisprudenza si è interrogata più volte sulla questione, vale a dire se la dichiarazione di costituzione sia condizione per l'esercizio della difesa tecnica: infatti, mentre nessun dubbio si è nutrito — e si nutre — a proposito della necessità che l'ente si costituisca al fine di partecipare al procedimento esplicando pienamente la propria autodifesa, il contrasto si è profilato quanto alla sua possibilità di farsi assistere da un difensore di fiducia a prescindere dalla formale costituzione *ex* art. 39.

L'alternativa si era delineata in questi termini:

— l'onere di costituzione opera nella sola fase del giudizio (Cass. 23 giugno 2006, n. 32627) e, pertanto, nel corso delle indagini preliminari si ammette la facoltà dell'ente di nominare il difensore di fiducia nei modi previsti dall'art. 96 c.p.p. (Cass. 5 novembre 2007, n. 15689);

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— l'atto di costituzione è formalità unica di partecipazione dell'ente poiché di natura collettiva e in ragione del dato letterale dell'art. 39, riferito all'intero procedimento; di conseguenza, si considera inefficace la nomina a norma dell'art. 96 c.p.p. del difensore da parte di ente non costituito (Cass. 5 febbraio 2008, n. 15689; Id. 9 dicembre 2014, n. 52748).

Il contrasto è stato superato dalle Sezioni unite citate con una soluzione di compromesso che individua la dichiarazione di costituzione quale presupposto per l'esercizio della difesa tecnica. Allo stato, a seguito di questa pronuncia, la partecipazione dell'ente al procedimento resta frutto della sua libera scelta, ma per essa sono inderogabili le formalità procedimentali stabilite dall'art. 39, le quali operano sin dalla fase delle indagini preliminari. Pertanto l'ente che intende partecipare attivamente al procedimento ha l'*onere* di costituirsi depositando la dichiarazione di cui all'art. 39, dichiarazione che, tra l'altro, richiede (comma 2) l'indicazione del difensore e della relativa procura conferita nelle forme stabilite dall'art. 100 c.p.p. (atto pubblico o scrittura privata autenticata): a questo difensore fiduciario spetta l'assistenza dell'ente nella fase investigativa. La scelta della *societas* di non costituirsi comporta che la sua difesa è affidata al difensore d'ufficio nominato dal pubblico ministero nella informazione sul diritto di difesa a norma dell'art. 369-*bis* c.p.p.

Come si sa, nell'ambito della fase delle indagini preliminari, possono essere svolte attività investigative per le quali non si prevede il previo avvertimento al difensore pur essendo consentita la sua presenza (ad esempio, un sequestro preventivo *ex* art. 53): si tratta dei c.d. atti a sorpresa, che si caratterizzano per la loro imprevedibilità e urgenza. In queste situazioni l'ente può trovarsi nella impossibilità di costituirsi con le formalità prescritte dall'art. 39, anche per l'eventuale esigenza di un intervento dei suoi organi collegiali deliberativi. Solamente in tali situazioni, e al fine di non compromettere l'effettività del diritto di difesa, si riconosce che l'ente può avvalersi del difensore di fiducia *ex* art. 96 c.p.p., legittimato ad attivarsi a sua tutela. La sua nomina, tuttavia, è considerata provvisoria e di efficacia circoscritta: viene meno una volta che sia notificata — o comunicata contestualmente alla esecuzione dell'atto investigativo — l'informazione di garanzia (art. 57) la quale, come è noto, contiene l'avvertimento che, per partecipare al procedimento, l'ente deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39. A partire da questo momento, la sua costituzione è *conditio sine qua non* per la partecipazione attiva al procedimento e, in particolare, l'ente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

che intenda ancora fruire del precedente difensore *ex* art. 96 c.p.p. deve validarne, confermandola, la nomina con indicazione nello stesso atto di costituzione. Per l'ente che scelga di rimanere inerte, l'esercizio del diritto di difesa è affidato al difensore nominato d'ufficio e gli atti eventualmente compiuti da quello fiduciario sono considerati improduttivi di effetti. A prescindere da questa particolare articolazione del rapporto tra formale costituzione ed esercizio della difesa tecnica, come precisato dalle Sezioni unite, l'ente non costituito resta un soggetto indagato e in tale veste è non solo destinatario di tutte le iniziative del pubblico ministero finalizzate all'eventuale attivazione del processo ma anche, ineludibilmente, di tutte le garanzie a lui assicurate.

Attualmente, stando a quanto statuito dalle Sezioni unite, l'invio della informazione di garanzia a norma dell'art. 57 contrassegna, quindi, una distinzione determinante: per le attività che la precedono e caratterizzate da imprevedibilità e urgenza si ammette per l'ente la facoltà di avvalersi del difensore di fiducia (art. 96 c.p.p.); per la sequenza procedimentale che segue, il mancato adempimento dell'onere di costituzione è considerato frutto di una sua precisa scelta processuale che priva di legittimazione il difensore già nominato al quale subentra quello nominato d'ufficio.

6. (*Segue*): la mancata costituzione e la contumacia.

Per il caso di mancata o irrituale costituzione *nel processo* l'ente è dichiarato contumace: così dispone l'art. 41 con sottinteso riferimento alla disciplina dettata per l'imputato nell'assetto codicistico originario. Come si sa, questa disciplina è stata dapprima parzialmente modificata (l. 22 aprile 2005 n. 60 di conversione del d.l. 21 febbraio 2005 n. 17) e, in seguito, la l. 28 aprile 2014 n. 67 ha abrogato l'istituto della contumacia, sostituito da quello dell'"assenza" senza tuttavia intervenire sul contesto normativo dedicato all'ente che, appunto, tuttora definisce *contumace* l'ente non costituito. La più recente *riforma Cartabia* ha operato significative modifiche della disciplina dell' "assenza" dell'imputato nel processo (artt. 420-*bis* ss. c.p.p.), ma ancora una volta ha tralasciato di mettere mano alla corrispondente previsione e regolamentazione destinata all'ente (art. 41). Non si può credere che già la novella del 2014 abbia provocato anche l'abrogazione della contumacia dell'ente e che la previsione dell'art. 41 debba ora essere letta come se vi fosse scritto che "[L]'ente che non si costituisce è dichiarato assente" (Ceresa-Gastaldo, Varraso; *contra*, Belluta, Bontempelli, Presutti). Il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

d.lgs. n. 231 del 2001 ha previsto un regime diverso e specifico per la persona giuridica, che conserva la sua autonomia rispetto a quello delineato per la persona fisica; l'equiparazione dell'ente all'imputato (art. 35) opera a fini di garanzia e in funzione di integrazione laddove la regolamentazione sia mancante o lacunosa, senza poter travolgere disposizioni speciali.

Fatta questa premessa, è utile sottolineare che la disciplina codicistica originaria della contumacia è stata modificata allo scopo di allinearla al rispetto delle garanzie sancite dall'art. 6 Cedu e dall'art. 111 Cost. Come è noto, la partecipazione dell'imputato al suo processo è espressione ed estrinsecazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e in quanto tale deve essergli garantita. L'imputato resta libero di non presenziare, ma perché la sua decisione sia frutto di una scelta volontaria e consapevole è imprescindibile che sia a conoscenza della pendenza del processo. La disciplina originaria e quella poi stabilita dalla l. n. 60 del 2005 non offrivano tutela in proposito poiché, stando al sistema delle notificazioni, la conoscenza legale era considerata equivalente alla conoscenza effettiva. Poteva, quindi accadere che l'imputato fosse dichiarato contumace anche nei casi in cui non avesse avuto notizia certa della pendenza del processo e la sua mancata comparizione all'udienza fosse del tutto involontaria (il c.d. "contumace inconsapevole").

Con la *riforma Cartabia* si è voluto appunto, da un lato, garantire il diritto dell'imputato di partecipare al suo processo e consentire di procedere in assenza solamente nei casi in cui vi sia la certezza che la sua mancata comparizione in udienza sia dovuta a una scelta libera e non equivoca. D'altro lato, sono stati previsti rimedi restitutori per il caso in cui il processo sia stato celebrato erroneamente senza la presenza dell'imputato, vale a dire senza che lo stesso ne fosse effettivamente a conoscenza (annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice *ex* art. 604 comma 5-*bis* c.p.p. per l'appello; *ex* art. 623 comma 1 lett. *b-bis* c.p.p. per il giudizio di cassazione; rescissione del giudicato *ex* art. 625-*ter* c.p.p. — ora, dopo la sua abrogazione ad opera della l. n. 103 del 2017, art. 629-*bis* c.p.p.).

Senza scendere nel dettaglio della nuova, complessa, disciplina, va detto che anche l'intervento legislativo del 2014 presentava evidenti criticità soprattutto per due ragioni: anzitutto, si prevedeva che la mancata comparizione in udienza dell'imputato fosse considerata volontaria e consapevole anche sulla base di semplici indici presuntivi; in secondo luogo, si era conservato il regime delle notificazioni per il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quale, come accennato, la conoscenza legale era parificata a quella effettiva. In sostanza era altamente probabile che l'imputato fosse considerato assente anche nei casi in cui non vi era certezza che avesse consapevolezza della pendenza del processo.

Di qui la penetrante rivisitazione della disciplina del processo in assenza e del correlato sistema delle notificazioni operata dalla recente *riforma Cartabia*. Con riguardo a questo settore, si stabilisce che le notificazioni degli atti introduttivi del giudizio nonché del decreto penale di condanna (all'imputato non detenuto) sia sempre eseguita al domicilio dichiarato o eletto (art. 157-*ter* c.p.p.) che l'indagato/imputato ha l'obbligo di indicare fin dal primo contatto con giudice, pubblico ministero e polizia giudiziaria (art. 161 c.p.p.). Circa il fronte della partecipazione dell'imputato, al fine specifico di rimediare a erronee dichiarazioni di sua assenza sono stati di nuovo regolati gli istituti restitutori già contemplati; inoltre sono stati rimossi i precedenti criteri presuntivi di conoscenza del processo e, in particolare, sono state individuate due diverse fattispecie di assenza. L'una riguarda il caso in cui la non presenza dell'imputato non è riconducibile con certezza al fatto che lo stesso sia a conoscenza della pendenza del processo: tale situazione autorizza il giudice a pronunciare sentenza inappellabile di non doversi procedere e a disporre ricerche dell'imputato (art. 420-*quater* c.p.p.). Il seguito dipende dal loro esito: solamente se l'imputato è stato rintracciato, il processo riprende nell'udienza fissata *ad hoc*, previa revoca della sentenza di non doversi procedere; nel caso contrario, tale sentenza diviene irrevocabile e segna la fine del processo (art. 420-*quater* comma 6 c.p.p.).

L'altra fattispecie si riferisce all'ipotesi in cui è certa la conoscenza della pendenza del processo e la mancata comparizione dell'imputato è frutto della sua scelta libera e consapevole: il giudice, cui spetta comunque verificare la regolarità della notificazione e la mancanza di impedimenti a comparire, dichiara l' "assenza" dell'imputato e il processo prosegue (art. 420-*bis* c.p.p.). Questa è la fattispecie di assenza che ha scalzato quella precedente della *contumacia*: come prima, l'imputato è considerato presente ed è rappresentato dal difensore.

La nuova fattispecie di *assenza* che ha sostituito la contumacia non ha modo di realizzarsi con riguardo all'ente. È bene ripetere che una simile situazione si può verificare nella sola fase processuale (udienza preliminare e giudizio) ed è conseguente all'accertamento che il giudice è obbligato a svolgere circa la regolare costituzione delle parti (art. 420

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

comma 2 c.p.p.): così in relazione sia all'imputato sia all'ente. Tuttavia, per l'imputato l'accertamento riguarda la comparizione personale, cioè la sua presenza fisica in udienza, mentre per l'ente attiene all'atto di costituzione a norma dell'art. 39, formalità specifica prevista in considerazione della sua natura di persona giuridica. La presenza fisica del rappresentante legale, che pure deve essere obbligatoriamente indicato nell'atto di costituzione e materializza l'ente, è considerata ininfluente e perciò non rilevante. Infatti, la disposizione dell'art. 39 comma 4 stabilisce che quando non compare il legale rappresentante, l'ente *costituito* è rappresentato dal difensore. Sul punto vale la pena segnalare che la Relazione stessa ha giustificato questa particolare soluzione specificando che si è voluto proporre una partecipazione non eccessivamente onerosa per l'ente: in sostanza, gli impegni affidati al legale rappresentate dalla *societas* non sono compromessi dal suo obbligo di partecipare personalmente alle udienze del processo; in ogni caso, la *societas* è presente, in quanto rappresentata dal difensore nominato nell'atto di costituzione. Da aggiungere che, allo stesso modo, la comparizione in udienza del rappresentante legale senza che l'ente si costituisca, non può essere considerata equivalente alla formale costituzione *ex* art. 39.

Ciò che il giudice accerta, pertanto, è se l'ente abbia depositato l'atto di costituzione. Ove riscontri che la costituzione manca, deve verificarne la causa e, in particolare, che non sia dovuta né a nullità degli avvisi — da dichiarare con loro rinnovazione e rinvio dell'udienza (art. 420 comma 2 c.p.p.) — né a notificazione non andata a buon fine: questa situazione obbliga il giudice a disporre nuove ricerche e il loro eventuale fallimento rende inevitabile la sospensione del processo poiché l'ente è di fatto irreperibile (art. 43 comma 4). Si deve precisare, infatti, che il regime delle notificazioni contemplate nell'assetto *de societate* (art. 43) esclude ipotesi di conoscenza legale o presunta — come in precedenza previsto per l'imputato — e garantisce all'ente la conoscenza effettiva del procedimento (v., *infra*, § 7).

Pertanto, nell'ipotesi in cui risulti, invece, regolarità degli avvisi ed effettività delle notificazioni, è superfluo accertare la causa della mancata presenza del legale rappresentante della *societas*, vale a dire il suo eventuale impedimento a comparire come prescritto a proposito dell'imputato (artt. 420 comma 2-*bis* e 420-*ter* c.p.p.): la formale costituzione *ex* art. 39 è e resta l'unico parametro di verifica; il giudice deve ritenere che la mancata costituzione è dovuta a una scelta consapevole e volontaria dell'ente e dichiarare la sua contumacia. Questa conclu-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sione è avvalorata da quanto stabilito dalle stesse Sezioni unite della Cassazione nella sentenza più volte citata (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni): come si ricorderà hanno affermato che la formale costituzione è adempimento richiesto anche nella fase delle indagini preliminari a partire dal momento in cui l'ente riceve l'informazione di garanzia (art. 57) proprio per il fatto che essa contiene, tra l'altro, l'avvertimento che per partecipare al procedimento l'ente deve depositare la costituzione di cui all'art. 39. Se la sua notificazione avviene regolarmente, l'ente è effettivamente messo a conoscenza di tale avvertimento nonché, di conseguenza, della esistenza del procedimento: dopo di ciò diventa rilevante la sua scelta di costituirsi o meno.

Si deve osservare, piuttosto, che la soluzione adottata dalle Sezioni unite finisce per prospettare un diverso profilo problematico. Avere stabilito che, una volta notificata l'informativa *ex* art. 57, l'atto di costituzione è condizione per esercitare i diritti difensivi anche e già nella fase delle indagini preliminari, certamente sollecita la scelta dell'ente di costituirsi per partecipare attivamente alle attività investigative. Tuttavia, con l'informazione *ex* art 57 ciò che viene garantita è la conoscenza della pendenza del procedimento la quale, tuttavia, di per sé non assicura che l'ente abbia consapevolezza che le indagini abbiano poi provocato l'instaurazione della fase processuale (udienza preliminare e giudizio): in questa sede il giudice deve verificare l'avvenuto deposito dell'atto di costituzione *ex* art. 39. Se l'ente vi ha provveduto durante la pendenza delle indagini e poiché non si richiede che l'atto sia ripetuto data la sua efficacia in ogni stato e grado del procedimento, diventa determinante l'accertamento demandato al giudice; questi non può limitarsi a prendere atto che l'ente è costituto, suo impegno specifico e prioritario resta quello di verificare che avvisi e citazione a giudizio siano stati notificati validamente e con effettività all'ente. Da segnalare che tale notificazione all'ente è eseguita sempre nel domicilio indicato o eletto a norma dell'art. art. 43 comma 3 (v., *infra*, § 7): come è ovvio, solo dalla corretta esecuzione di questi adempimenti viene a dipendere in particolare ora, dopo la ricordata pronuncia delle Sezioni unite, la conoscenza certa dell'ente anche della pendenza del processo nel quale eventualmente costituitosi già nel momento anticipato della fase delle indagini preliminari. Pertanto, ove riscontri irregolarità di avvisi e citazione a giudizio nonché loro notificazione, il giudice è comunque tenuto alla loro rinnovazione benché risulti che l'ente è formalmente costituito avendo già depositato l'atto *ex* art. 39 nel corso del procedimento. Questa soluzione risponde

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

all'esigenza di offrire all'ente garanzie non inferiori a quelle ora riconosciute all'imputato al quale è parificato per disposizione generale (art. 35).

A parte sta l'ipotesi di mancata costituzione dell'ente anche dopo la notifica della informazione di garanzia: in questa situazione la sua difesa nella fase investigativa spetta, secondo quanto stabilito dalla Sezioni unite (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni), al difensore nominato d'ufficio. Ciò non preclude una diversa decisione e, in particolare, che l'ente si determini successivamente a formalizzare la sua partecipazione con deposito della dichiarazione di costituzione che necessariamente include l'indicazione del difensore con relativa procura e la dichiarazione o elezione di domicilio. Anche nel caso in esame resta essenziale che sia garantita la conoscenza certa della pendenza del processo mediante notificazione andata a buon fine di avvisi e citazione nel domicilio dichiarato o eletto dall'ente (art. 43 comma 3): in questa ipotesi, una volta verificata la loro regolarità e l'effettività della relativa notificazione, ciò che conta è accertare l'avvenuto deposito della costituzione *ex* art. 39 la cui mancanza autorizza il giudice a dichiarare la contumacia.

L'ente, comunque, conserva la piena libertà di costituirsi nel seguito della udienza o, nella ipotesi di costituzione dichiarata inammissibile, rinnovarla nel rispetto dei requisiti previsti: ciò provoca la revoca della dichiarazione di contumacia poiché non sono contemplati termini per la costituzione dell'ente nel procedimento (Belluta).

Da questo punto di vista, la norma dell'art. 41 resta ancora in vigore e la sua applicazione è strettamente collegata a quanto stabilito dalla disposizione dell'art. 43 con riguardo al regime delle notificazioni.

La nuova regolamentazione codicistica dettata per l'imputato può operare senza incontrare limiti di compatibilità (art. 34) per quanto riguarda i rimedi restitutori come rivisitati dalla *riforma Cartabia* poiché non si può escludere in assoluto che, a causa di qualche variabile del caso concreto, l'autonomo e speciale regime delle notificazioni di cui all'art. 43 non abbia realizzato lo scopo di portare a effettiva conoscenza dell'ente la pendenza del procedimento a suo carico (Belluta).

Rimane da ribadire che la dichiarazione di contumacia è riferita e riservata alla fase propriamente processuale (udienza preliminare e giudizio) e in questa sede opera tuttora; al riguardo è necessario considerare che la *riforma Cartabia* ha collocato la disciplina dell'assenza nella udienza preliminare (artt. 420-*bis*, 420-*quater*, 420-*quinquies* e 420-*sexies* c.p.p.) della quale il dibattimento costituisce

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la prosecuzione. Per questa ragione, si è previsto che nel dibattimento instaurato a seguito di rinvio a giudizio disposto in udienza preliminare la situazione dell'imputato è quella già definita in quella sede: in sostanza, l'imputato dichiarato assente in udienza preliminare rimane tale (art. 484 comma 2-*bis* c.p.p.) poiché si dà per certa la sua conoscenza del processo. Unicamente nei casi in cui la stessa udienza preliminare sia mancata e quindi l'imputato abbia avuto conoscenza del processo per la prima volta mediante la notificazione della citazione a giudizio, si applicano le regole dettate in tema di assenza (art. 484 comma 2-*bis* c.p.p.).

Si deve ritenere che questa nuova regolamentazione valga anche nel processo *de societate*: la contumacia dell'ente — dovuta a omessa costituzione *ex* art. 29 — sarà dichiarata solo in udienza preliminare o solamente in dibattimento se non preceduto dalla stessa udienza preliminare. Al riguardo è d'obbligo una precisazione. La sua applicabilità non deriva dal trasferimento della disciplina codicistica della "assenza" dell'imputato, fattispecie distinta dalla contumacia della persona giuridica che resta autonoma da essa. Si impone per il fatto che la modifica ha comportato l'abrogazione della previsione (art. 429 comma 4 c.p.p.) che imponeva la notificazione del decreto di citazione a giudizio all'imputato contumace (*rectius*: "assente") ora sostituita dalla sua lettura in udienza; pertanto, venuta meno questa disposizione, anche per l'ente contumace in udienza preliminare questo *status* processuale si perpetua in dibattimento che ne costituisce la prosecuzione: in questa sede, in sostanza, si dà per certa la sua conoscenza del procedimento già verificata nella precedente udienza preliminare, salvo restando, come già detto, l'ipotesi in cui l'udienza stessa sia mancata. Una costituzione tardiva — vale a dire effettuata in dibattimento — provoca, come è ovvio, la revoca della precedente declaratoria di contumacia dell'ente. Resta da aggiungere che a proposito della applicabilità del regime codicistico non si ravvisano limiti di compatibilità (art. 34) poiché anche nel contesto stabilito per l'ente si prospettano le medesime esigenze di semplificazione a fondamento della nuova regolamentazione.

7. Le notificazioni.

La disciplina delle notifiche segue regole autonome e specifiche, ma è tributaria di quella codicistica in virtù sia di alcuni espressi rinvii ad essa sia del collegamento generale *ex* art. 34. Per questa ragione, le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

recenti innovazioni di sistema che hanno interessato il regime delle notificazioni nel contesto processuale per l'imputato si riflettono su quello dell'ente. Ci si riferisce alle modifiche introdotte dalla *riforma Cartabia* sotto l'impulso dell'evoluzione tecnologica. In particolare vengono in considerazione due novità finalizzate a favorire l'impiego della telematica nel processo penale: anzitutto la previsione secondo la quale le modalità telematiche costituiscono il mezzo generale di notificazione, salvo che la legge disponga diversamente (art. 148 comma 1 c.p.p.): infatti, restano salve forme sussidiarie e tradizionali di notificazione. La seconda novità deriva dalla disposizione che consente a indagato/imputato di dichiarare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai fini della notificazione degli atti introduttivi del giudizio e del decreto penale di condanna (art. 161 c.p.p.) (c.d. domicilio digitale): anche in questo caso resta ferma la possibilità di indicare o eleggere domicilio nei luoghi tradizionali.

Entrambe le citate innovazioni normative sono senz'altro operanti anche nel processo *contra societatem*: in questa sede l'uso delle modalità telematiche di notificazione è facilitato dal fatto che le imprese — in quanto iscritte nel relativo Registro [delle imprese] — sono dotate di domicilio digitale risultante da pubblici elenchi (nelle specie, INI-PEC), condizione per la sua idoneità ai fini delle notificazioni processuali (art. 16-*ter* d.l.18 ottobre 2012 n. 179 convertito dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221). Tuttavia rimangono invariate le particolari disposizioni dettate per l'ente dalla norma dell'art. 43. Questa, quanto alla prima notificazione — si tratta della notificazione eseguita all'ente che non abbia ancora dichiarato o eletto domicilio — impone lo stesso modulo che il c.p.p. adotta per le altre parti private (e per la persona offesa dal reato): sono, infatti, richiamate le forme del processo civile (artt. 144 e 145 nonché 138, 139, 140 e 143 c.p.c.) alle quali fa rinvio l'art. 154 comma 3 c.p.p. per le notifiche alle pubbliche amministrazioni e alle persone giuridiche (art. 43 comma 1). L'atto va notificato nella sede dell'ente mediante consegna al suo rappresentante, alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in ultima ipotesi, ad altro soggetto addetto alla sede sociale.

È inoltre esplicitamente prevista la validità della notificazione, eseguita tramite consegna al legale rappresentante, anche qualora costui sia imputato del reato-presupposto (art. 43 comma 2) sebbene tale situazione comporti la sua incompatibilità a rappresentare l'ente nel procedimento (art. 39 comma 1): trattasi di una previsione intesa ad

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

« evitare disfunzioni » nelle notifiche stesse (RELAZIONE; per una questione di legittimità costituzionale, dichiarata inammissibile, v. Corte cost., sent. n. 249 del 2011).

Va peraltro tenuto presente che, laddove e una volta che l'ente abbia dichiarato (o eletto) domicilio — secondo le modalità di cui all'art. 39 o in altro atto comunicato all'autorità giudiziaria —, le notifiche sono eseguite ai sensi dell'art. 161 c.p.p. come espressamente previsto dal comma 3 dell'art. 43. Rimane ora da stabilire come deve intendersi il richiamo all'art. 161 c.p.p., norma ampiamente modificata dalla *riforma Cartabia* che ha innovato la complessiva disciplina delle notificazioni con la finalità sia di garantire semplificazione e certezza delle notificazioni sia di assicurare la migliore corrispondenza possibile tra conoscenza legale e conoscenza effettiva dell'atto notificato. Già in precedenza il rinvio alla norma codicistica è apparso problematico: anzitutto si era esclusa la sua applicabilità generalizzata, in particolare poiché riferita a situazioni (imputato detenuto: art. 161 comma 3 c.p.p.) non pertinenti alla persona giuridica (CORVI). Inoltre, si era osservato che, poiché il comma 3 dell'art. 43 presuppone un domicilio già dichiarato o eletto dall'ente, il richiamo all'art. 161 c.p.p. poteva essere interpretato, anzitutto, come riferimento agli inviti proprio a questi adempimenti contemplati dalla disposizione (commi 1 e 2 dell'art. 161 c.p.p.) (GARUTI).

La nuova versione dell'art. 161 c.p.p. si collega direttamente alla regolamentazione riformata con riguardo all'imputato: le sue disposizioni non risultano coerenti con quelle dell'art. 43 riferite alla persona giuridica. Vale la pena, riassumere le linee generali della disciplina riformata. In primo luogo, si stabilisce che dichiarazione o elezione di domicilio — per l'imputato non detenuto — hanno efficacia *solamente* per la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, degli atti introduttivi del giudizio espressamente indicati nonché per il decreto penale di condanna (artt. 164 c.p.p. e 157-*ter* c.p.p.). Di ciò l'indagato/imputato è informato quando, in occasione del primo contatto con giudice pubblico ministero e polizia giudiziaria, è invitato a provvedere alla dichiarazione o elezione di domicilio con avvertimento che in mancanza, rifiuto o per il caso in cui il domicilio sia o divenga inidoneo, le notifiche saranno eseguite mediante consegna al difensore già nominato o nominato contestualmente (art. 161 comma 1 c.p.p.). Le notifiche successive di atti diversi sono eseguite presso il difensore di fiducia o d'ufficio, ma per quest'ultimo, con previsione di talune limitazioni (art. 157-*bis* c.p.p.).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Come si può notare, questa disciplina si differenzia nettamente da quella specifica sancita dall'art. 43 che si caratterizza per essere configurata con riguardo alla peculiarità del destinatario delle notificazioni, appunto la persona giuridica. In primo luogo, introduce un limite di efficacia alla elezione o dichiarazione di domicilio che non trova riscontro nel sistema *de societate*. In questo ambito, invece, essa assume portata generale ed è configurata come adempimento sollecitato e prescritto come obbligatorio: già con l'informazione di garanzia (art. 57) l'ente è invitato alla dichiarazione o elezione di domicilio proprio al fine delle notificazioni; inoltre, la sua partecipazione al procedimento è subordinata alla formale costituzione con un atto che richiede, tra gli altri requisiti a pena di inammissibilità, la dichiarazione o l'elezione di domicilio (art. 29 comma 2 lett. *d*). Al riguardo, occorre considerare che, dopo la sentenza delle Sezioni unite già ricordata nel precedente paragrafo (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni), depositare l'atto di costituzione è per l'ente oramai condizione per esercitare i suoi diritti difensivi già nella fase delle indagini preliminari a partire dalla notifica della informazione di garanzia (art. 57), circostanza che di per sè rende del tutto residuale l'ipotesi di mancanza di dichiarazione o elezione di domicilio. Da aggiungere che le scelte legislative si devono all'esigenza sia di favorire le necessarie informazioni all'ente a tutela del suo diritto di difesa sia di contenere il rischio di una sospensione del procedimento per il caso di impossibilità di eseguire le notificazioni (art. 43 comma 4).

In secondo luogo, la nuova regolamentazione codicistica — come si è precisato — introduce deroghe rispetto alla regola generale contemplata dal comma 3 dell'art. 43: questa prevede che le notificazioni — tutte — siano effettuate al domicilio dichiarato o eletto, senza distinguere se si tratti di atti introduttivi del giudizio o atti diversi e, quindi, senza ammettere che per questi subentri la notifica mediante consegna al difensore. In sostanza, all'ente è fornita la garanzia incondizionata di una conoscenza "personale" di ogni notificazione: va detto che ciò è dovuto e si giustifica per il fatto che il sistema di pubblicità stabilito per l'ente —"registrazione anagrafica" tramite Camere di commercio (Belluta) — consente certezza circa la sua rintracciabilità e contribuisce alla effettività, vale a dire al buon fine, delle notificazioni. La realizzazione di questo obiettivo, peraltro, è resa più agevole dalla previsione che ha elevato le modalità telematiche a regola generale delle notificazioni (art. 148 comma 1 c.p.p.), come già osservato, certamente applicabile nel contesto *de societate*. Da escludere, pertanto, che le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nuove disposizioni codicistiche stabilite dall'art. 161 comma 1 c.p.p. e quelle, citate, ad esse collegate siano compatibili con il regime delle notificazioni legislativamente stabilito per l'ente se non al prezzo di un'ingiustificata alterazione della sua funzionalità.

Ispirata alla finalità di garantire la « conoscenza effettiva del procedimento rispetto a quella legale » (Paolozzi) è la regola, esplicitata nel comma 4 dell'art. 43, la quale prevede che, su richiesta del pubblico ministero, il giudice *sospenda il procedimento* nel caso non sia stato possibile eseguire le notificazioni nei modi previsti dai commi 1, 2 e 3 e le nuove ricerche — disposte *ex lege* dall'autorità giudiziaria — non abbiano dato positivo esito. Dunque, la scelta legislativa non propende per una « improbabile » dichiarazione di irreperibilità — e in ciò si diversifica nettamente dal procedimento ordinario — di un ente che, peraltro, « potrebbe anche non esistere più » (Relazione). Non si ammette, infatti, la celebrazione del processo nel quale la mancata partecipazione dell'ente sia « frutto non di una precisa volontà in tal senso, ma di una mancata conoscenza dell'iniziativa nei suoi confronti » (Corvi). È importante rimarcare che la sospensione attiene al *procedimento*, vale a dire investe pure la fase delle indagini preliminari confermando che il sistema *de societate* ha interesse alla partecipazione attiva dell'ente — e la favorisce — proprio in vista della realizzazione della sua specifica finalità specialpreventiva (Belluta)

Il provvedimento sospensivo — non impugnabile — sconta l'omessa previsione di un termine finale; di qui l'interrogativo su quando l'autorità giudiziaria debba (ri)tentare ulteriori ricerche; in virtù del raccordo stabilito dall'art. 34 con la disciplina codicistica si era ritenuto di individuare la soluzione nella regolamentazione della sospensione del processo per assenza dell'imputato quale contemplata dalla l. 28 aprile 2014, n. 67 (art. 420-*quinquies* c.p.p.) (Belluta) (v., *supra*, § 6).

Come è stato illustrato nel precedente paragrafo, la nuova disciplina dettata dalla *riforma Cartabia*, per la fattispecie di assenza — vale a dire di non presenza dell'imputato di cui non è certa la conoscenza del processo — prevede ora una complessa sequenza procedimentale che prescinde dalla sospensione del processo (art. 420-*quater* c.p.p.). L'impossibilità di trasferirla nella sede dell'ente per evidente incompatibilità, lascia aperto il problema di evitare che la sospensione si protragga *sine die* garantendo, fra l'altro, all'ente che volontariamente si sia sottratto alla conoscenza del processo una sorta di impunità (Guernelli). A questo fine, l'unica via d'uscita può essere offerta dal regime della sospensione del procedimento per incapacità reversibile

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'imputato (art. 71 ss. c.p.p.). Da essa pare mutuabile — senza imbattersi in limiti di compatibilità, ma con inevitabili persistenti carenze — almeno la disciplina che segue: anzitutto, la disposizione relativa alla durata (semestrale) della sospensione con possibile eventuale replica (art. 72 c.p.p.) per nuove ricerche; in secondo luogo, la previsione circa l'assunzione di prove alle condizioni e nei limiti espressamente stabiliti (art. 71 comma 2 c.p.p.) e, infine, quella attinente alla revoca del provvedimento sospensivo ove le stesse ricerche siano andate a buon fine con la prova che l'ente è stato messo a conoscenza del suo processo. Trattasi, come si vede, di una ricostruzione di adattamento del tutto insoddisfacente che richiede con urgenza un apposito intervento del legislatore.

La prosecuzione dell'*iter* processuale è invece consentita nel (diverso) caso in cui la notifica sia avvenuta regolarmente e l'ente — venuto a conoscenza sia del procedimento che lo interessa sia della contestazione dell'illecito da parte del pubblico ministero — opti deliberatamente di non costituirsi nel processo: esso andrà incontro, come si è potuto verificare, alla dichiarazione di contumacia (art. 41).

8. La difesa nella fase delle indagini preliminari.

La solenne affermazione della Costituzione, per la quale la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24 comma 2 Cost.), non esaurisce la portata del significato del principio in parola. Il diritto di difesa dell'accusato è infatti declinabile in almeno due accezioni:

a) come diritto ad interloquire nel corso del procedimento a fini di autodifesa;

b) come diritto alla difesa tecnica e all'assistenza di un consulente tecnico (per le questioni non giuridiche).

Inoltre, l'art. 111 Cost. abbraccia il « principio di contestazione » (Nobili), stabilendo che l'accusato sia, nel più breve tempo possibile, riservatamente informato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico (comma 3 primo periodo); è previsto poi che l'accusato disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa (comma 3 secondo periodo) e, infine, che il medesimo possa interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico nonché ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa (oltre all'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore: comma 3 terzo periodo).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Indubitabile che questi principi, concepiti per l'imputato-persona fisica, siano "transitivamente" applicabili all'ente. Com'è noto, l'art. 35 estende le disposizioni processuali relative all'imputato — « in quanto compatibili » — alla *societas*, mentre l'art. 61 c.p.p. — in forza del rinvio applicativo di cui all'art. 34 — prevede che i diritti e le garanzie dell'imputato siano riconosciuti all'ente sottoposto alle indagini preliminari. Di conseguenza, l'ente vanta interessi specifici e rilevanti già nella fase preliminare, e precisamente quelli di:

1) essere informato che il pubblico ministero sta conducendo un'indagine nei suoi riguardi; è pertanto destinatario dell'informazione di garanzia (art. 57) — inviata dalla pubblica accusa quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere o anche in precedenza (art. 369 c.p.p.) —, così come dell'informazione sul diritto di difesa (art. 369-*bis* c.p.p.) e dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis* c.p.p.); può peraltro chiedere se vi sia stata l'annotazione dell'illecito amministrativo a suo carico nel registro delle notizie di reato (artt. 335 c.p.p. e 55 comma 2);

2) nominare fino a due difensori di fiducia (art. 96 c.p.p.) e un consulente tecnico (art. 225 c.p.p.); la nomina del difensore e il godimento dei diritti difensivi non sono vincolati alla *scelta* dell'ente di costituirsi nel procedimento (secondo le forme dell'art. 39) solamente per atti riconducibili alla categoria degli "atti a sorpresa" (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni) e prima che l'ente abbia ricevuto l'informazione di garanzia (art. 57); il difensore ha comunque diritto di assistere — anche se l'atto, data la sua natura, non contempla il preavviso — alle perquisizioni, ai sequestri (artt. 352, 356 e 365 c.p.p.), agli accertamenti urgenti (artt. 354 e 356 c.p.p.), all'apertura di plichi o corrispondenza (artt. 353 e 356 c.p.p.); egli ha altresì diritto di:

a) assistere — previo avviso — agli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 c.p.p.) e all'ispezione di luoghi o cose (artt. 244) e anche di persone (364 c.p.p.);

b) ricevere l'avviso del deposito dei verbali degli atti garantiti (art. 366 c.p.p.) e quello di esaminare gli atti relativi alle intercettazioni (art. 268 comma 6 c.p.p.);

c) presentare memorie (art. 367 c.p.p.);

d) svolgere investigazioni difensive (artt. 391-*bis* ss. c.p.p.);

3) interloquire direttamente nel procedimento — in tale caso ottemperando alle ritualità della costituzione previste dall'art. 39 e, dunque, nominando un rappresentante legale (non incompatibile: comma 1 dell'art. 39) — attraverso il compimento di atti "personalis-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

simi" quali l'interrogatorio, le sommarie informazioni, il confronto, le dichiarazioni spontanee, la partecipazione all'udienza — affiancando il proprio difensore — per l'applicazione delle misure cautelari (art. 47);

4) richiedere — ma se non costituito dovrà nominare un procuratore speciale — la definizione anticipata del processo tramite giudizio abbreviato (artt. 438 comma 3 c.p.p. e 62), l'applicazione della sanzione concordata (artt. 446 comma 3 c.p.p. e 63), il giudizio immediato (art. 419 comma 5 c.p.p.); presentare l'istanza di ricusazione (se l'ente non si costituisce può essere comunque proposta a mezzo del difensore o di un procuratore speciale: v. art. 38 comma 4 c.p.p.); rinunciare alla prescrizione:

5) farsi assistere da un interprete se non conosce la lingua italiana (il riferimento è, naturalmente, al legale rappresentante dell'ente: Trib. Milano, ord. 22 maggio 2022) con correlativo diritto alla traduzione scritta di atti fondamentali del procedimento (art. 143 c.p.p.).

Importante ricordare *l'obbligatorietà della difesa tecnica*, prevista dal c.p.p. per tutte le parti che intervengono nel processo; si tratta di una garanzia di carattere oggettivo e, come tale, non disponibile (ad essa non è possibile rinunciare). In virtù della parificazione — *ex* art. 35 — tra *societas* ed imputato, se l'ente non nomina un difensore di fiducia « è assistito da un difensore di ufficio » (così dispone l'art. 40, in assonanza con l'art. 97 c.p.p.); lo stesso accade se il difensore di fiducia designato viene meno — secondo l'espressione dell'art. 40, quando l'ente « ne è rimasto privo » — per abbandono o rifiuto della difesa (art. 105 c.p.p.), per incompatibilità nell'assistenza di più imputati (art. 106 c.p.p.), per non accettazione, rinuncia o revoca del difensore (art. 107 c.p.p.). Analoga la soluzione, come si è già illustrato, per i casi in cui l'ente, non costituitosi e dichiarato contumace, non abbia nominato un difensore. Va altresì precisato che il difensore assume la rappresentanza dell'ente costituito il cui rappresentante legale non compare all'udienza (art. 39 comma 4).

Infine, l'applicabilità della disciplina del gratuito patrocinio a spese dello Stato a favore dell'ente (d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115) dovrebbe essere ammessa — nonostante il silenzio del legislatore sul punto — in virtù dell'art. 111 comma 3 Cost., il quale prescrive che l'accusato disponga delle « condizioni » necessarie per preparare la sua difesa. Nell'ipotesi contraria, tenendo conto che il sistema postula l'obbligatorietà della difesa tecnica e l'operatività di quella d'ufficio, l'assenza di « un rimedio contro l'incapienza dell'imputato » potrebbe dare adito a dubbi di costituzionalità (Belluta). Il problema non sembra comunque

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

rivestire una significativa rilevanza pratica, in quanto i limiti reddituali — stabiliti dall'art. 76 del d.p.r. n. 115 del 2002 per l'accesso al gratuito patrocinio — non sembrano « conferenti con le realtà economiche » degli enti (ID.).

9. (*Segue*): il conflitto di interessi del legale rappresentante-imputato e i riflessi sull'esercizio del diritto di difesa.

Come è noto, l'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che costui sia imputato del reato da cui dipende l'illecito « amministrativo »; in presenza di quest'ultima situazione, la persona giuridica che intenda partecipare al procedimento deve nominare un rappresentante *ad hoc* (arg. *ex* art. 39 comma 1). Potendo assai sovente accadere che il legale rappresentante sia imputato degli stessi illeciti contestati alla persona giuridica — ma può trattarsi anche di reati connessi o collegati (v., *supra*, § 4) — si registrerà un conflitto di interessi, nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, suscettibile di ripercuotersi sul piano processuale e, in particolare, sulla compatibilità tra la linea difensiva dell'imputato-persona fisica e quella dell'ente (FERRUA); quest'ultimo potrebbe infatti cercare di dimostrare — per escludere la propria responsabilità — che il rappresentante legale ha eluso fraudolentemente il modello organizzativo adottato dalla società (art. 6 comma 1 lett. *c*) oppure ha compiuto il reato nell'interesse esclusivo proprio (o di terzi: art. 5 comma 2); si assisterebbe così ad una palese inconciliabilità tra le posizioni (e le tesi difensive) dei soggetti imputati. Consequenziale, pertanto, il regime di "incompatibilità *ad processum*" previsto dall'art. 39 comma 1 in capo al legale rappresentante imputato del reato-presupposto.

Le Sezioni unite della Cassazione nella sentenza più volte citata (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni) hanno confermato la tesi secondo la quale si tratta di incompatibilità presunta *iuris et de iure*, che non necessita di un accertamento in concreto (Cass. 19 giugno 2009, n. 41398). Hanno, inoltre, stabilito che, data la sua natura assoluta, essa opera fin dalla fase delle indagini preliminari con conseguente inefficacia di qualunque atto compito dal rappresentante legale incompatibile, compresa la nomina del difensore di fiducia (art. 96 c.p.p.); questo, pertanto, è considerato privo di legittimazione e deve essere ritenuta inammissibile qualunque sua iniziativa a tutela dell'ente. Anche per questa particolare situazione si è affermato che l'ente è tenuto a costituirsi con un diverso rappresentante legale o con un rappresen-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tante *ad processum* individuando nell'atto *ex* art. 39 il difensore abilitato alle iniziative difensive; in caso contrario, vale a dire per l'ente che voglia rimanere inerte, l'assistenza difensiva è di pertinenza del difensore d'ufficio (v., *supra*, § 5).

La soluzione prospettata allude al fatto che il legislatore ha preferito non individuare rimedi, per fronteggiare tale *impasse*, demandandoli alle scelte, autonome e discrezionali, della persona giuridica; gli interpreti hanno quindi ipotizzato un ventaglio di soluzioni per l'eventualità dell'ente-imputato che si trovi a non potere "utilizzare" il proprio legale rappresentante nel procedimento penale: ricordiamo, in estrema sintesi, le più accreditate.

Viene in evidenza, *in primis*, l'opzione *astensionista*; l'ente può senza dubbio scegliere di non nominare un nuovo rappresentante, con conseguente mancata partecipazione al procedimento e, per la fase processuale, l'applicazione del regime della contumacia (con rappresentanza affidata al difensore d'ufficio). Nelle indagini preliminari, un legale rappresentante in conflitto di interessi non può compiere, per conto dell'ente, atti strettamente personali (quali, ad esempio, l'interrogatorio o le spontanee dichiarazioni: v. § precedente). Per ragioni non dissimili è interdetta al rappresentante la nomina del difensore dell'ente; il rapporto di fiducia che deve intercorrere tra assistito e legale è minato in radice nell'ipotesi di una nomina effettuata da un soggetto che la legge « considera 'incompetente' a rappresentare l'ente » (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni). In una situazione del genere solo il consiglio di amministrazione potrebbe, in via d'urgenza, conferire l'incarico al difensore, salva la successiva ratifica del provvedimento da parte dell'assemblea; sempre che lo statuto non contempli una soluzione *ad hoc* per il caso in questione (per esempio, prevedendo l'indicazione di un membro del suddetto consiglio dotato di specifica delega).

Qualora invece l'ente decida di calcare l'arena del procedimento, avrà a disposizione due strade. Nominare un nuovo rappresentante, cioè a dire un soggetto estraneo al reato-presupposto: scelta non certo semplice per i riflessi sull'assetto endosocietario, nel quale il soggetto munito di poteri di rappresentanza è sovente il presidente o l'amministratore delegato. Oppure, in un'ottica *low profile* — ma sempre al fine di costituirsi regolarmente —, potrà designare un rappresentante *ad litem*, per compiere esclusivamente gli atti processuali (non altri tipici dell'agire sociale) e, perciò, munito di una procura speciale, rilasciata

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ottemperando alle disposizioni civilistiche che regolano le varie tipologie di società.

10. L'inammissibilità della costituzione di parte civile.

Ragioni di carattere sistematico ed elementi di natura letterale militano a favore della tesi — tuttora non condivisa dalla giurisprudenza di merito nella quale persistono posizioni contrastanti (per l'ammissibilità, Corte Assise Taranto, ord. 4 ottobre 2016; Trib. Trani, ord. 7 maggio 2019; Trib. Lecce, ord. 29 gennaio 2021; in senso contrario, G.u.p. Trib. Torino, ord. 10 maggio 2023) — che esclude l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente.

In via generale, occorre ricordare che il codice penale prevede l'obbligo di risarcire il danno — patrimoniale o non patrimoniale — in capo al colpevole di un *reato* (art. 185 c.p.); e, nel processo penale, l'azione civile per il predetto risarcimento può essere esercitata dal soggetto al quale il reato ha recato danno, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile (art. 74 c.p.p.). Nel sistema del d.lgs. n. 231 del 2001, dal reato-presupposto, commesso dalla persona fisica, discende la responsabilità dell'ente per il cosiddetto illecito « amministrativo » — per l'appunto, « dipendent[e] da reato » (art. 1 comma 1) — alla condizione che la *societas* medesima si sia "avvantaggiata" del reato (art. 5).

La persona giuridica è dunque chiamata a rispondere *non del reato in senso tecnico* (che è e resta ascritto alla persona fisica), bensì di un autonomo illecito « amministrativo » — il quale germina solo grazie a elementi costitutivi diversi e "ulteriori", rispetto al reato-presupposto, cioè l'interesse o il vantaggio per l'ente — di per sé inidoneo a fondare una altrettanto autonoma pretesa risarcitoria (così Cass. 22 gennaio 2011, n. 2251; ha escluso che l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente sia in contrasto con il diritto dell'Unione europea, C. Giust. UE sent. 12 luglio 2012 n. C-79 11 la quale ha precisato, inoltre, che l'illecito dell'ente non presenta un nesso causale con i pregiudizi causati dal reato della persona fisica di cui si chiede il risarcimento. A favore della inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, si è espressa anche la Corte costituzionale, interpellata su un presunto contrasto con l'art. 3 Cost. degli artt. 83 c.p.p. e dell'integrale d.lgs. n. 231 del 2001: Corte cost., sent. 18 luglio 2014, n. 218). L'istituto del risarcimento del danno derivante da *reato* — si noti che l'art. 185 c.p. menziona solo quest'ultimo, non anche l'illecito amministrativo — e quello della legittimazione all'azione civile

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nel rito penale (art. 74 c.p.p.) concernono esclusivamente l'imputato-persona fisica (e, a certe condizioni, il responsabile civile).

La suddetta conclusione è suffragata dalla regolamentazione complessiva del rito penale *de societate*, nella quale è assente qualunque riferimento alla parte civile (e alla possibilità del danneggiato dal reato di costituirsi come tale contro l'ente). La mancata disciplina dell'istituto della parte civile nell'ambito del decreto del 2001 non costituisce — come ha correttamente rilevato la giurisprudenza di legittimità (Cass. 27 gennaio 2015, n. 3786; Id. 22 gennaio 2011, n. 2251) — una lacuna che si presta a essere colmata attraverso il ricorso, *ex* art. 34, alle norme codicistiche. Ciò in ragione del fatto che queste ultime non superano, per più di un motivo, la verifica di « compatibilità » prescritta dall'art. 34 per attivare il meccanismo di eterointegrazione. *In primis*, le disposizioni del rito ordinario sulla costituzione di parte civile non sono applicabili nel processo *contra societatem* proprio a causa della non riferibilità dell'obbligo del risarcimento del danno da reato alla persona giuridica. Il congegno processuale per l'accertamento della responsabilità degli enti non fornisce — in secondo luogo — indici testuali che consentano di identificare soggetti portatori di interessi di natura privatistica (Giarda): come anticipato, trattasi di una precisa scelta di sistema (Cass. 27 gennaio 2015, n. 3786). Infine — e questo è l'argomento decisivo — la disciplina del sequestro conservativo (art. 54) prevede che la richiesta della cautela reale sia appannaggio del *solo* pubblico ministero al fine di tutelare *esclusivamente* il pagamento della sanzione pecuniaria, quello delle spese processuali e di ogni altra somma dovuta all'erario: inequivocabile, dunque, la volontà di escludere l'iniziativa della parte civile (di cui all'omologo istituto *ex* art. 316 comma 2 c.p.p.) per salvaguardare (presunte) obbligazioni civili (Bricchetti).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO QUINDICESIMO

INCOMPATIBILITÀ A TESTIMONIARE E REGIME DEL RAPPRESENTANTE LEGALE

SOMMARIO: 1. L'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato-presupposto. — 2. Limiti all'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale: il rappresentante legale testimone. — 3. Il rappresentante legale « incompatibile ».

1. L'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato-presupposto.

Definire il regime processuale assegnato al rappresentante legale dell'ente è operazione di elevata complessità e dall'esito incerto. La sua disciplina è racchiusa nell'art. 44, unica norma che il d.lgs. n. 231 del 2001 dedica alla tematica delle prove: vi sono sancite le situazioni di incompatibilità con l'ufficio di testimone riferite sia *a*) alla persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo; sia *b*) alla persona che rappresenta l'ente, indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39 comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato; quanto a quest'ultima sono altresì indicate le regole applicabili per acquisire le sue dichiarazioni.

È chiara la ragione giustificatrice della incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato-presupposto, operante tanto nel processo cumulativo tanto in quello separato: per quanto la Relazione insista sull'esistenza di un suo interesse in conflitto con quelli dell'ente sul quale potrebbe voler scaricare la sua responsabilità, è evidente che a venire in gioco sono le prerogative difensive che spettano all'imputato in quanto tale e in particolare il diritto al silenzio (art. 24 comma 2 Cost.). Dato il vincolo di pregiudizialità logico-giuridica che lega reato e illecito, è sempre presente il rischio che l'imputato dichiarando sui fatti relativi all'ente renda anche dichiarazioni *contra se*. Da questo punto di vista la sua posizione non diverge da quella dell'imputato per reato connesso *ex* art. 12 comma 1 lett. *a* c.p.p. con conseguente applicabilità della regolamentazione stabilita in sede codicistica dalle norme innovate dalla l. 1° marzo 2001 n. 63 sul « giusto processo ».

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Pertanto, anche l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato-presupposto non è più assoluta potendo venir meno una volta che la sua posizione processuale sia stata definita con sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento o ancora a norma dell'art. 444 c.p.p. (art. 197 comma 1 lett. *a* c.p.p.); la medesima regola vale per l'imputato di un *diverso reato* connesso (*ex* art. 12 comma 1 lett. *c* c.p.p.) o collegato (*ex* art. 371 comma 2 lett. *b* c.p.p.) a quello da cui dipende l'illecito amministrativo salvo che, previamente avvertito, abbia reso dichiarazioni concernenti l'ente, rinunciando al diritto al silenzio (art. 197 lett. *b* c.p.p.) con assunzione degli obblighi testimoniali.

Da ricordare che l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato del reato-presupposto si collega e ribadisce anche la sua incompatibilità a rappresentare l'ente nel procedimento per l'accertamento dell'illecito dipendente (art. 39 comma 1).

2. Limiti all'incompatibilità a testimoniare del rappresentante legale: il rappresentante legale testimone.

Anche la seconda situazione di incompatibilità è sorretta da una chiara ragione giustificativa: « discende dalla circostanza che all'ente è riconosciuta la condizione di imputato nel procedimento e, pertanto, la persona fisica che lo rappresentava al momento della commissione del reato che radica la responsabilità amministrativa e continua a rappresentarla nel processo non può essere assunta come teste ». Sono le parole della Relazione, la quale specifica ulteriormente che è il rappresentante legale a rendere l'interrogatorio « per conto dell'ente » con tutte le facoltà e i diritti riconosciuti all'imputato, compresa la facoltà di non rispondere *ex* art. 63 c.p.p. È così che l'incompatibilità a testimoniare è riferita alla persona:

a) che rappresenta l'ente, indicata nella dichiarazione di cui all'art. 39 comma 2, e

b) che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato: l'ambiguità della formulazione normativa rende, tuttavia, oscuro il caso regolato.

Anzitutto, nel richiedere congiuntamente le due condizioni indicate, la norma dell'art. 44 comma 1 lett. *b* lascia intendere che il rappresentante legale che rivestiva tale funzione al momento del reato, ma sia cessato dall'incarico e perciò non è indicato nell'atto di costituzione, non è coperto dalla incompatibilità e assume il ruolo di testimone (FIDELBO; CERESA-GASTALDO). In secondo luogo e a ben

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

vedere, più che riconoscere l'incompatibilità a testimoniare, la norma citata prevede un limite: letta *a contrariis*, impone l'obbligo di testimoniare in capo alla persona che, indicata nella dichiarazione di costituzione dell'ente nel procedimento, *non* rivestiva la funzione di rappresentante legale all'epoca del reato; in sostanza, il rappresentante legale "nuovo", vale a dire quello che ha assunto tale carica successivamente alla commissione del reato, assume proprio il ruolo di testimone con il dovere di rispondere secondo verità, pur agendo in nome e per conto dell'ente e quindi con lo *status* di imputato, titolare del diritto di tacere.

La contraddizione è affrontata dalla stessa Relazione che si premura di precisare come la parificazione all'imputato (art. 35) sia stata effettuata con riferimento all'ente in quanto tale e non al rappresentante legale per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche testimone. Si tratta di argomentazione formale che non risolve la contraddizione, ma anzi la ratifica e la rafforza. Per questa ragione, la dottrina si è impegnata nel tentativo di superare l'*impasse*: taluno ha affermato che l'incompatibilità a testimoniare deve essere riconosciuta sempre a chi rappresenta l'ente nel procedimento, indipendentemente dalla sua qualifica al momento della commissione del reato (Ferrua); altri ha preferito interpretare la norma come se l'obbligo di testimoniare fosse riferito proprio al rappresentante legale al momento del reato, ma in seguito sostituito nella carica (anziché a quello che rappresenta l'ente nel procedimento) (Ceresa-Gastaldo).

Non mancano peraltro voci favorevoli alla scelta legislativa: in primo luogo, si afferma che *ratio* della incompatibilità sancita *solo* per il rappresentante legale in carica anche all'epoca del reato mira a tutelarlo dal rischio di autoincriminazione. Anche in questo, come nel caso di cui alla lett. *a* (art. 44 comma 1), non si può escludere che la persona (rappresentante legale), nel dichiarare su fatti relativi all'ente, renda dichiarazioni *contra se* (Fidelbo). Si può notare che in tal modo l'incompatibilità sarebbe posta a tutela della persona del rappresentante legale e non propriamente dell'ente costituitosi nel procedimento per il tramite del suo rappresentante legale: questa tesi, in realtà, nel giustificare la soluzione legislativa, ne ripropone, come si vedrà, il difetto di dissociare artificiosamente la posizione di *chi* rappresenta l'ente nel processo (rappresentante legale dell'ente imputato) da quella di *chi* svolge (o ha svolto) le funzioni di rappresentante legale della persona giuridica (rappresentante legale della *societas*). Se la tesi fosse fondata, si dovrebbe ammettere che analoga incompatibilità va riconosciuta in ogni caso al rappresentante

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

legale all'epoca del reato anche se in seguito cessato dalla carica e perciò non indicato nell'atto di costituzione *ex* art. 39 comma 2: è evidente che anche questo ha diretta conoscenza dei fatti relativi all'ente e proprio le sue dichiarazioni su quei fatti potrebbero esporlo al rischio di autoincriminazione. Eppure, anche chi prospetta l'interpretazione in esame, ritiene pacifico che questo soggetto possa essere chiamato a testimoniare nel processo a carico dell'ente e ciò facendo leva sul dato letterale dell'art. 44 comma 1 lett. *b* (FIDELBO).

In secondo luogo, si specifica che nessuna incompatibilità è correttamente prevista per il rappresentante legale "nuovo", appunto quello che ha assunto tale carica successivamente alla commissione del reato. Il suo obbligo testimoniale assicura un contributo conoscitivo dall'interno della organizzazione della *societas* ed evita manovre strumentali: per meglio intendere, si fa l'esempio dell'ente che nomina quale rappresentante legale la persona detentrice di informazioni rilevanti per l'affermazione della responsabilità per l'illecito così paralizzando l'attività di acquisizione probatoria (FIDELBO). Si osserva, infine, che per la sua natura di soggetto collettivo, l'ente può subire trasformazioni strutturali tali da renderlo soggetto diverso da quello che era all'epoca in cui è stato commesso il reato e tale diversità rende privo di senso riconoscere l'incompatibilità a testimoniare a un rappresentante legale che, di fatto, nulla ha a che fare con la precedente gestione (FIDELBO). Non è da escludere che queste siano le reali ragioni a fondamento della opzione legislativa, ma almeno a quella indicata come seconda si può obiettare che l'obbligo testimoniale in capo al "nuovo" rappresentante legale, invero, non offre la garanzia di realizzare lo scopo: è verosimile che questo soggetto, in quanto estraneo alla precedente gestione della *societas*, abbia una conoscenza limitata dei fatti accaduti all'epoca della commissione del reato e si possa trovare nella situazione di non avere nulla di significativo da dichiarare.

È preferibile affrontare la questione muovendo dalla stessa disposizione dell'art. 44 comma 1 lett. *b*. La norma confonde concettualmente e separa fittiziamente la posizione di *chi* rappresenta l'ente nel procedimento — essendo indicato al momento della costituzione (rappresentante legale dell'ente imputato) — dalla posizione di *chi* riveste (o rivestiva) la carica di rappresentante legale nella compagine sociale (rappresentante legale della *societas*); occorre, invece, tenere presente che le due posizioni si sovrappongono e si identificano: poiché l'ente non può partecipare al procedimento che per mezzo del suo rappresentante legale nel quale si materializza, le due posizioni coincidono e,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

anzi, la prima prevale e assorbe la seconda con la conseguenza che l'incompatibilità a testimoniare dovrebbe essere riconosciuta sempre a chi rappresenta l'ente nel procedimento, indipendentemente dalla sua qualifica al tempo della commissione del reato (FERRUA). Da questo angolo visuale, merita credito l'opinione che ravvisa direttamente nell'art. 35 anziché nella disposizione dell'art. 44 la fonte della incompatibilità a testimoniare di colui che rappresenta l'ente nel sistema processuale *de societate* divenendone il *nuncius* necessario (BELLUTA).

Resta da segnalare che il contrasto che si profila non è solo interno alla disciplina del processo *de societate*: una volta « deciso di equiparare sostanzialmente l'ente all'imputato così da metterlo nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie che spettano a quest'ultimo » (RELAZIONE), il conflitto si prospetta sul piano dei principi costituzionali (art. 24 comma 2 Cost.). Il regime ambivalente (testimone/imputato) assegnato alla persona che non fosse rappresentante legale al tempo del reato comporta il suo obbligo di deporre sui fatti addebitati all'ente in nome e per conto del quale agisce nel procedimento, quasi come se l'imputato fosse costretto a deporre contro se stesso sul fatto di reato (FERRUA). Ne derivano, inoltre, limiti ai diritti difensivi dell'ente e difficoltà applicative: non è chiaro se il rappresentante legale che versi in questa situazione possa essere interrogato *ex* art. 63 c.p.p. (come imputato) o invece debba essere sentito a norma dell'art. 362 c.p.p. (come persona informata dei fatti); se possa partecipare al contraddittorio anticipato in sede di udienza camerale per l'applicazione delle misure cautelari (art. 47); se, ancora e di conseguenza, gli sia consentito rendere confessione integrando una delle condizioni per l'instaurazione del giudizio direttissimo (art. 449 comma 5 c.p.p.) e se il pubblico ministero possa chiedere il giudizio immediato che ha tra i suoi presupposti l'interrogatorio dell'imputato (art. 453 comma 1 c.p.p.).

3. Il rappresentante legale « incompatibile ».

Come si è appurato, l'incompatibilità a testimoniare è testualmente riconosciuta al rappresentante legale che rivestiva tale funzione al momento della commissione del reato e rappresenta l'ente nel procedimento: poiché la sua posizione è assimilata a quella della persona imputata in un procedimento connesso, al fine di acquisirne le dichiarazioni si fa richiamo agli istituti previsti al riguardo dalla disciplina codicistica (art. 44 comma 2). Si tratta, nello specifico, dell'interrogatorio di cui all'art. 363 c.p.p. quanto alla fase delle indagini e dell'esame

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di cui all'art. 210 c.p.p. quanto alla sede dibattimentale: in entrambi, il rappresentante legale è sentito nello *status* di imputato e pertanto con la garanzia del diritto di tacere e senza obbligo di verità.

Precisato che la situazione di incompatibilità regolata attiene al procedimento a carico dell'ente, resta da osservare che la disciplina stabilita per l'imputato in procedimento connesso è variata a seguito delle modifiche introdotte dalla citata l. n. 63 del 2001: infatti, la norma dell'art. 210 c.p.p., ora, detta disposizioni diverse distinguendo tra il vincolo di connessione *ex* art. 12 comma 1 lett. *a* c.p.p. (connessione qualificata) e quello *ex* art. 12 comma 1 lett. *c* c.p.p. (connessione semplice), differenziazione da cui dipendono l'estensione dell'ambito operativo della incompatibilità a testimoniare (art. 197 c.p.p.) e, di riflesso, le modalità dell'esame (art. 210 comma 6 c.p.p.). Dovendo applicare la regolamentazione sopravvenuta, occorre stabilire a quale tipo di connessione sia equiparabile quella che avvince rappresentante legale ed ente: avendo presente che l'accertamento verte sul medesimo fatto e che proprio a questo possono riferirsi le dichiarazioni, è plausibile ritenere integrata l'ipotesi di connessione *ex* art. 12 comma 1 lett. *a* c.p.p. In realtà, sarebbe più coerente considerare il rappresentante legale incompatibile quale imputato o al più quale coimputato, ma la soluzione è impedita dalla opzione legislativa di assimilarlo all'imputato connesso così da far risaltare la sua — solo fittizia — autonomia dall'ente (v., *supra*, § 2). Pertanto, l'esame del rappresentante legale si svolge secondo quelle previsioni dell'art. 210 c.p.p. (commi 1, 2, 3, 4 e 5) che gli riconoscono l'incompatibilità a testimoniare sui fatti concernenti l'ente fino alla sentenza irrevocabile di condanna, di proscioglimento o di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p.; resta, pertanto, esclusa l'applicabilità della disposizione (210 comma 6 c.p.p.) che contempla il previo avvertimento *ex* art. 64 comma 3 lett. *c* c.p.p. e la conseguente possibilità di rinunciare al diritto di tacere con correlativa assunzione della veste di "testimone assistito", da esaminare secondo le regole stabilite dall'art. 197-*bis* c.p.p.

La medesima conclusione deve valere quanto al processo nei confronti della persona fisica imputata del reato-presupposto: « dato che l'illecito dell'ente e il reato della persona fisica hanno lo stesso nucleo fattuale » (FERRUA) si deve ritenere che anche in questo contesto il legale rappresentante dell'ente resti « incompatibile » fino alla sentenza irrevocabile di condanna, di proscioglimento o di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p. e, quindi, prima di quel momento, possa rendere dichiarazioni sul fatto di reato con la prerogativa del diritto al silenzio e senza obbligo di verità.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO SEDICESIMO

LE MISURE CAUTELARI INTERDITTIVE

SOMMARIO: 1. Lineamenti generali del sistema cautelare. — 2. Le misure cautelari interdittive: le tipologie. — 3. Le condizioni oggettive di applicabilità. — 4. I gravi indizi. — 5. Le esigenze cautelari. — 6. L'iniziativa cautelare. — 7. Il giudice competente. — 8. L'udienza camerale. — 9. Il contraddittorio preventivo. — 10. I criteri di scelta. — 11. L'ordinanza cautelare e gli adempimenti esecutivi. — 12. La nomina del commissario giudiziale. — 13. Le vicende modificative: la sospensione della misura. — 14. (*Segue*): la sostituzione della misura e la modifica delle sue modalità applicative o del termine di durata. — 15. Le ipotesi di estinzione: la revoca. — 16. (*Segue*): il decorso del termine di durata. — 17. (*Segue*): la pronuncia di determinati provvedimenti. — 18. Le impugnazioni: l'appello. — 19. (*Segue*): il ricorso per cassazione.

1. Lineamenti generali del sistema cautelare.

Alle misure cautelari applicabili all'ente è destinata l'intera sezione IV (del capo III del d.lgs. n. 231 del 2001) che delinea un vero e proprio sottosistema nell'ambito del corpo normativo del processo *de societate*, similmente a quanto è dato riscontrare nella omologa disciplina codicistica. Vi sono contemplate due diverse categorie di misure: le interdittive (art. 45) che incidono direttamente sulla persona giuridica investendo « posizioni di diritto non di rado dotate di tutela costituzionale » (PERONI) e le reali (artt. 53 e 54) che colpiscono, invece, il suo patrimonio.

Le misure interdittive sono state introdotte in adempimento di una precisa direttiva della l. delega che tuttavia alludeva a ipotesi di mera applicazione anticipata delle sanzioni irrogabili in sede di condanna (l. n. 300 del 2000, art. 11 lett. *o*). Tale indicazione ha ricevuto nondimeno una attuazione solo parziale: da un lato, si è preferito circoscrivere le *misure* cautelari alle *sanzioni interdittive* con le quali appunto coincidono (l'art. 45 comma 1 rinvia all'art. 9 comma 2); d'altro lato, si è ritenuto necessario prevedere una regolamentazione intesa a metterne in luce il carattere strumentale e provvisorio, tipico delle misure

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

cautelari processuali (RELAZIONE). Ad esse è dedicata una disciplina di dettaglio che tiene conto delle particolarità del processo *de societate*, ma non mancano lacune, oscurità e incongruenze da risolvere tramite il tradizionale approccio metodologico del coordinamento con la normativa codicistica in virtù della previsione generale dell'art. 34 e previo il vaglio circa la sua compatibilità.

Le misure reali, che riproducono le fattispecie cautelari previste per l'imputato-persona fisica (sequestro preventivo e sequestro conservativo), si devono invece alla iniziativa autonoma del legislatore delegato il quale ha giustificato la scelta facendo leva sul richiamo generale alle disposizioni del codice di procedura penale sancito dalla l. delega (art. 11 lett. *q*) nonché sulla certa compatibilità della loro funzione con il contesto processuale destinato all'ente (RELAZIONE). La relativa disciplina si compone di poche regole e di un generico rinvio a quella codicistica corrispondente: la corrività legislativa impegna l'interprete in una operazione di coordinamento tra le due fonti normative coinvolte, non solo al fine di verificare la compatibilità delle singole disposizioni oggetto di richiamo, ma addirittura allo scopo di ricostruire l'intera regolamentazione delle misure cautelari reali.

Le differenze segnalate non impediscono di ravvisare una palese affinità tra le due categorie di misure: anzitutto, le cautele reali, così come le interdittive, hanno attinenza con le sanzioni dal momento che il sequestro conservativo trova corrispondenza nella sanzione pecuniaria e il sequestro preventivo nella confisca; in secondo luogo, anch'esse incidono sull'attività economica dell'ente sia pure attraverso interdizioni che si riferiscono al suo patrimonio anziché direttamente all'ente stesso. Non sfugge che, valutato complessivamente, vale a dire anche con riguardo alla previsione di misure reali, il sistema delle cautele risponde sostanzialmente alle intenzioni del legislatore delegante (art. 11 lett. *o*). Da questo punto di vista è, pertanto, arduo concordare con l'opinione di quella dottrina (BONZANO) che reputa la loro introduzione frutto di un eccesso di delega — appunto priva di indicazioni sul punto — e ne mette in dubbio la legittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost., dubbio che nemmeno la giurisprudenza ha ritenuto di poter avallare (Cass. 16 settembre 2014, n. 41435).

Quanto, in particolare, alle misure interdittive, occorre richiamare l'attenzione sulla pressoché totale sovrapposizione della loro finalità a quella attribuita alle sanzioni poiché ambedue perseguono l'obiettivo di recuperare l'ente alla legalità. In sostanza, l'applicazione delle misure è ancorata al soddisfacimento di esigenze di prevenzione speciale e

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

perciò di natura extraprocessuale, certamente coerenti con gli interventi punitivi nei confronti dell'ente, ma estranei a quelli di tipo cautelare. Come si vedrà in seguito (v., *infra*, § 5), stando alla disciplina sancita, infatti, l'impiego delle misure interdittive non può dirsi propriamente orientato alle esigenze di accertamento del reato tipiche delle cautele processuali: ai fini della loro applicazione, il pericolo di reiterazione dell'illecito rappresenta l'*unica* esigenza cautelare rilevante (art. 45 comma 1) restando esclusi il rischio di inquinamento delle prove e il rischio di fuga. La scelta legislativa si espone a consistenti dubbi di costituzionalità per contrasto con il canone della presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.) e, soprattutto, porta allo scoperto che le misure interdittive si configurano quale semplice anticipazione delle sanzioni interdittive in tal modo realizzando in via di fatto la volontà della l. delega.

Un'ulteriore, conseguente riflessione: data la finalità loro ascritta, le misure interdittive svolgono un ruolo strategico nell'ambito del processo alla *societas*, circostanza che mette in risalto la necessità di individuare con certezza la loro area applicativa sul piano sia soggettivo sia spaziale. Il primo fronte coinvolge i destinatari della disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, quali stabiliti dalla norma dell'art. 1. Al riguardo si registrano due questioni ancora irrisolte. Da un lato, quella dei gruppi di società, realtà economica del tutto trascurata dal legislatore (v., *supra*, cap. V, § 7); dall'altro quella della impresa individuale (v., *supra*, cap. III, § 1), figura difficilmente riconducibile alle tipologie dei soggetti indicati dall'art. 1. Senza entrare nel merito delle divergenti interpretazioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, deve essere chiaro che un ampliamento attuato in via interpretativa delle categorie indicate dalla norma dell'art. 1 comporta una duplice conseguenza: non solo, come è ovvio, un correlativo ampliamento della possibilità di impiego delle interdizioni cautelari, ma anche un'evidente tensione con il principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost. (infatti, Cass. 3 marzo 2004, n. 18941, ha rimarcato il divieto di estensione analogica delle categorie soggettive *ex* art. 1), peraltro replicato espressamente dalla norma dell'art. 2, principio al quale è sottoposta l'intera disciplina della responsabilità della persona giuridica (Paolozzi).

Il problema della determinazione dell'ambito spaziale di operatività delle cautele fa perno sulla norma dell'art. 4 che regola il caso di reati-presupposto commessi all'estero da enti aventi la sede principale nel territorio dello Stato italiano. Nella realtà applicativa si sono già

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

verificati casi, speculari, di reati-presupposto commessi in Italia da enti stranieri aventi la propria sede principale all'estero (sul tema, v., *supra*, cap. III, § 4). Anche a questo proposito le opinioni della dottrina e della giurisprudenza non sono univoche e, anche al riguardo, occorre segnalare che l'applicazione della norma citata oltre il suo dettato letterale implica il rischio di violazioni del principio di legalità (art. 2) (PAOLOZZI).

Diverso dalle due questioni appena esaminate è il caso della particolare disciplina delle cautele interdittive riservata a banche, intermediari finanziari (Sim, Sgr, Sicav e Sicaf) e imprese di assicurazione e di riassicurazione. Il testo normativo che riguarda le prime di queste soggettività (d.lgs. 9 luglio 2001 n. 197) stabilisce regole speciali in attuazione della direttiva 2001/24/CE in tema di risanamento e di liquidazione degli enti creditizi; per esigenze di coordinamento con la loro regolamentazione generale, sono previste deroghe alla applicabilità di talune disposizioni del sistema cautelare contemplato dal d.lgs. n. 231 del 2001. Identiche le soluzioni previste per le seconde (imprese di assicurazione e riassicurazione) dall'art. 266 comma 4 d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209. Nel caso in esame, in sostanza, il legislatore ha riconosciuto che questi soggetti rientrano tra i destinatari della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e ha ritenuto necessario introdurre talune eccezioni alle disposizioni del regime ordinario delle cautele interdittive ove considerate non appropriate rispetto alla natura degli enti interessati. (V., *infra*, cap. XXIII, § 3).

Per concludere sul tema del sistema cautelare configurato per l'ente, resta da osservare che l'inserimento dell'accertamento dell'illecito amministrativo nel contesto del processo penale determina l'estensione anche a favore dell'ente delle garanzie giurisdizionali proprie delle misure cautelari codicistiche.

2. Le misure cautelari interdittive: le tipologie.

Si è spiegato nel precedente paragrafo che le misure cautelari interdittive sono state introdotte in adempimento della l. delega e che, in realtà, l'attuazione delle sue direttive è stata parziale. Mentre essa si riferiva alle sanzioni irrogabili all'ente in sede di condanna richiamando tutte quelle elencate nella lett. *l* dell'art. 11 comma 1 (v. art. 11 comma 1 lett. *o*), il legislatore delegato ha ristretto il catalogo delle cautele alle sole sanzioni interdittive. Tra queste non è stata compresa la pubblicazione della sentenza, sanzione applicabile all'ente, ma indicata come

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

forma autonoma di punizione (art. 9 comma 1 lett. *d*): la scelta di escluderla dal novero delle sanzioni interdittive e quindi dalle misure interdittive risponde alla valutazione, corretta, della non idoneità della pubblicazione della sentenza a un impiego in funzione cautelare. Le misure cautelari interdittive, pertanto, sono parallele alle omologhe sanzioni: è quanto si ricava dalla norma dell'art. 45 che nemmeno le prevede specificamente limitandosi a fare rinvio al catalogo delle sanzioni contemplate dall'art. 9 comma 2.

Stando a questo rinvio, le misure cautelari interdittive sono:

a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;

b) la sospensione *o* la *revoca* delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;

c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;

d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi *e* l'*eventuale revoca* di quelli già concessi;

e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Non si può trascurare che, per loro natura, le misure cautelari hanno carattere provvisorio e temporaneo, non possono, cioè, determinare limitazioni irreversibili. È questa la ragione per la quale si deve ritenere che la *revoca* di cui alla lett. *b* (delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito) non sia applicabile quale misura cautelare: difatti, è configurata come sanzione autonoma in *alternativa* alla sospensione. Una diversa soluzione è prospettabile per la *revoca* di cui alla lett. *d* (delle agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi già concessi): poiché prevista come *eventuale* e *in aggiunta* a quella della esclusione, è palese che non si tratta di una sanzione da essa distinta, ma piuttosto di un possibile intervento che rafforza l'efficacia della esclusione dando vita ad una fattispecie unitaria e inscindibile. Mentre l'esclusione impedisce di fare ricorso per il futuro ai citati finanziamenti, l'eventuale revoca preclude la fruizione delle agevolazioni deliberate dal soggetto erogante, lasciando ferme quelle già percepite dall'ente (Fidelbo). L'applicazione di questa ipotesi di revoca come misura cautelare va senz'altro ammessa, purché la si intenda come sospensione dei finanziamenti già concessi e in corso di erogazione che si può affiancare alla sospensione temporanea dalla possibilità di ottenerli per il futuro (Fidelbo).

È certamente non consentita l'applicazione in funzione cautelare della sanzione della interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, regolata dall'art. 16 comma 3: essa si riferisce al caso di ente stabilmente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

utilizzato allo scopo unico e prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità. La sua irrogazione all'ente presuppone un compiuto accertamento di tale responsabilità, situazione non equivalente e non equiparabile alla valutazione in chiave prognostica richiesta per l'applicazione di misure cautelari (PAOLOZZI). Queste, peraltro, come accennato in precedenza, integrano un intervento provvisorio a sua volta non compatibile con una interdizione indicata come definitiva dal legislatore.

In relazione agli effetti che producono, le cautele interdittive sono riconducibili a due distinte sottocategorie. La prima comprende quelle che provocano una sospensione dell'attività dell'ente: sono le misure di cui alle lett. *a* (interdizione dall'esercizio della attività) e lett. *b* (sospensione delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito), quest'ultima poiché, in particolare, incide sullo svolgimento in forma continuativa dell'attività; la seconda sottocategoria si riferisce alle misure che limitano in modo temporaneo diritti, facoltà o la stessa capacità giuridica dell'ente e perciò include quelle di cui alla lett. *c* (divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio), lett. *d* (esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi) e lett. *e* (divieto di pubblicizzare beni o servizi).

3. Le condizioni oggettive di applicabilità.

Ai fini della applicazione delle misure interdittive sono previsti limiti e condizioni solo parzialmente coincidenti con quelli stabiliti dalla corrispondente disciplina codicistica. I tradizionali presupposti del *fumus* di responsabilità e del *periculum* cautelare sono enunciati espressamente dall'art. 45; ad essi si affianca un presupposto implicito derivante dal raccordo tra sanzioni e misure cautelari sancito dalla medesima norma laddove rinvia all'art. 9 comma 2. Tale rinvio autorizza « l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni previste dall'art. 9 comma 2 » e, in tal modo, *la subordina alle medesime condizioni stabilite in sede sanzionatoria*. Si tratta delle condizioni individuate dall'art. 13, disposizione che fissa il canone di legalità a proposito delle sanzioni interdittive irrogabili all'ente. Poiché queste si applicano in relazione ai reati-presupposto per i quali sono espressamente previste, anche la misura cautelare può, anzitutto e necessariamente, essere adottata solamente ove si proceda per l'accertamento di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quei reati. In secondo luogo, deve esservi corrispondenza tra sanzione e cautela nel senso che non è consentita l'applicazione quale misura cautelare di sanzioni non comprese tra quelle che possono essere irrogate in esito al processo (CERESA-GASTALDO; Cass. 30 settembre 2010, n. 42701; Id. 26 febbraio 2007, n. 10500; Id. 23 giugno 2006, n. 32627). Il legislatore, infatti, ha provveduto a indicare per ciascun illecito quali siano le sanzioni applicabili, ammettendo a volte la sola sanzione pecuniaria (v. art. 25-*ter*, con esclusione della fattispecie di cui alla lett. *s-bis* come modificata dal d.lgs. 15 marzo 2017 n. 38; artt. 25-*sexies*, 25-*decies* e 25 *duodecies*) e a volte solamente talune delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9 comma 2 (v. art. 24 comma 3, art. 24-*bis* comma 4, art. 25-*quinquiesdecies* comma 3, art. 25-*sexiesdecies* comma 3).

L'accertamento di entrambe le citate condizioni, che assume a referente l'art. 13, deve estendersi a tutte quelle ulteriori ivi contemplate sostanziandosi in un controllo sulla stessa legittimità della applicazione della misura cautelare (Cass. 24 novembre 2011, n. 4703; Id. 23 giugno 2006, n. 32627, cit.). È noto che, per l'irrogazione di sanzioni interdittive, non basta che esse siano espressamente stabilite per quel reato, ma si prevede come necessario che sussista inoltre almeno una delle seguenti condizioni:

1) che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale o da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato sia stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative (art. 13 lett. *a*);

2) che si versi in un caso di reiterazione degli illeciti (art. 13 lett. *b*).

Nemmeno il loro riscontro esaurisce l'accertamento richiesto a fini cautelari. La norma dell'art. 13, infatti, preclude l'irrogazione di sanzioni interdittive nei casi contemplati dall'art. 12 comma 1, vale a dire in presenza di quelle situazioni che autorizzano la riduzione (della metà) della sanzione pecuniaria rendendo necessaria anche la loro puntuale verifica: in particolare, l'applicazione della misura interdittiva non può prescindere dalla valutazione della circostanza che il reato sia stato commesso nel prevalente interesse proprio del suo autore o di terzi (art. 12 comma 1 lett. *a*). Questi vincoli dettati in sede sanzionatoria si trasferiscono nella sede cautelare e si traducono in un *presupposto autonomo* e *oggettivo* che circoscrive l'intervento cautelare a casi predeterminati, selezionati dal legislatore con riferimento alla gravità

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del reato e alla severità della relativa sanzione. In sostanza, tale presupposto adempie alla medesima funzione svolta dal limite edittale previsto, nell'ambito codicistico, dagli artt. 280 e 287 c.p.p. in relazione alla applicazione delle misure cautelari personali (coercitive e interdittive). Ne deriva che, *prima* di verificare la presenza degli altri due presupposti (*fumus* di responsabilità e *periculum* cautelare), occorre accertare quale sanzione sia prevista per l'illecito addebitato all'ente: ove sia comminata la sola sanzione pecuniaria è vietato qualunque intervento cautelare interdittivo; ove siano comminate sanzioni interdittive, le stesse possono essere applicate quali misure cautelari sempre che risultino integrate tutte le condizioni di cui all'art. 13 e sussistenti sia il *fumus* di responsabilità sia il *periculum* cautelare.

A proposito delle condizioni stabilite dall'art. 13 vale la pena rimarcare che il loro accertamento nella sede cautelare ha dato luogo a difficoltà interpretative e alla conseguente esigenza di adeguamenti applicativi. In relazione ad esse viene in considerazione la nozione di « profitto di rilevante entità » che la norma dell'art. 13 comma 1 lett. *a* omette di definire. Sul punto sono intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.: in proposito, v., *supra*, cap. XI, § 13 che rende conto anche delle pronunce successive) le quali, tuttavia, si sono occupate di determinare il concetto di profitto ai fini della confisca, sanzione principale e obbligatoria (art. 19), nonché del sequestro preventivo, misura cautelare reale (art. 53), istituti volti ad assicurare allo Stato quanto illecitamente conseguito mediante la commissione del reato.

Stando a quanto indicato, per profitto deve intendersi il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato-presupposto senza poter fare ricorso ai criteri di valutazione aziendale attinenti all'utile netto e al profitto lordo. Una simile soluzione non può essere riferita al profitto di cui all'art. 13 comma 1 lett. *a* specialmente ove venga in considerazione quale presupposto delle cautele interdittive; la loro applicazione ha natura provvisoria e interviene in un momento in cui l'imputazione non è ancora cristallizzata, situazione che rende impossibile stabilire il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato-presupposto. Per questa ragione, la giurisprudenza esclude che sia necessaria la sua esatta quantificazione bastando certezza e rilevanza (Cass. 19 ottobre 2005, n. 44992) e attribuisce valore anche ai vantaggi indiretti derivanti dal reato, quale ad esempio la posizione di monopolio conseguita dalla società indagata nel settore di mercato coinvolto dall'illecito (Cass. 9

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

febbraio 2016, n. 11209; Id. 23 giugno 2006, n. 32627, cit.), da considerarsi indici sintomatici della rilevante entità del profitto richiesto dall'art. 13 comma 1 lett. *a* a fini cautelari.

4. I gravi indizi.

Oltre a quello illustrato, ai fini della applicazione delle cautele interdittive si prevede l'accertamento del *fumus commissi delicti*, presupposto che si sostanzia nei « gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato » (art. 45 comma 1). La nozione dei « gravi indizi » si ricava dall'orientamento della giurisprudenza (Cass., sez. un., 21 aprile 1995, Costantino) consolidatosi a proposito della medesima formula impiegata dall'art. 273 comma 1 c.p.p., concernente le misure cautelari personali. Ciò che si richiede è una prognosi di elevata probabilità di esistenza dell'illecito e di colpevolezza dell'ente; in altre parole, non occorre una valutazione in termini di certezza, come prescritto ai fini del rinvio a giudizio e della affermazione di responsabilità, ma è sufficiente uno *standard* probatorio di grado inferiore.

I gravi indizi devono investire « la responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato » con la conseguenza che il quadro indiziario deve riguardare la fattispecie complessa dell'illecito amministrativo addebitato all'ente (Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, cit.) la quale si compone del reato da cui dipende l'illecito e degli elementi costitutivi dell'illecito stesso. La valutazione cautelare risulta a sua volta riferita alla fattispecie complessa: la sua particolare articolazione costituisce un tratto tipico del sistema cautelare destinato all'ente e ne mette in luce la specificità nonché la difformità da quello previsto per l'imputato. Come si ricorderà, tra gli elementi costitutivi dell'illecito addebitato all'ente sono compresi, oltre al fatto di reato da cui lo stesso dipende, i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva previsti dall'art. 5 e valgono al riguardo la causa di esclusione di cui al suo comma 2 e le condizioni stabilite dagli art. 6 e 7.

I criteri di imputazione obbligano il giudice a verificare che il reato sia stato commesso a vantaggio o nell'interesse della persona giuridica (art. 5 comma 1: *imputazione oggettiva*) da soggetto che riveste una particolare qualifica nella compagine sociale (art. 5 comma 1 lett. *a* e lett. *b*: *imputazione soggettiva*); è da appurare, inoltre, se ricorra la causa di esclusione che si sostanzia nell'interesse esclusivo del suo autore o di terzi (art. 5 comma 2). Le condizioni previste dagli artt. 6 e 7 devono

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

essere riscontrate secondo la configurazione stabilita in modo differenziato in relazione ai soggetti in posizione apicale (mancata adozione ed inefficace attuazione del modello organizzativo: art. 6) e a quelli in posizione subordinata (inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza: art. 7). A questa differenziazione si collega, anche ai fini dell'iniziativa cautelare, un diverso onere probatorio in capo al pubblico ministero, relativo agli elementi a sostegno della richiesta che naturalmente devono raggiungere il livello di gravità stabilito *ex lege*: quando il reato sia ascritto a soggetto in posizione apicale, al pubblico ministero basta allegare elementi indiziari circa la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente; mentre nel caso in cui il reato sia ascritto a soggetto subordinato, gli si impone di allegare elementi indiziari idonei a dimostrare l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (per approfondimenti sull'onere della prova, secondo l'interpretazione "correttiva" propugnata della recente giurisprudenza, v. *supra*, cap. VII, § 1).

In proposito, ma più in generale con riferimento alla verifica delle condizioni di cui agli artt. 13 e 12 — alle quali come si è già osservato è subordinata l'applicazione delle cautele interdittive — è necessario tenere presenti le difficoltà che si prospettano nel caso in cui sia rimasto ignoto l'autore del reato, ipotesi che, stando al principio di autonomia (art. 8), lascia intatta la responsabilità dell'ente. E, infatti, si è osservato che ciò rende impossibile accertare l'eventuale finalità all'esclusivo interesse proprio o di terzi che a norma dell'art. 12 comma 1 lett. *a* preclude sia l'irrogazione di sanzioni interdittive sia di riflesso l'applicazione delle misure interdittive. Inoltre, si è fatto notare che, appunto laddove l'autore del reato non sia stato identificato e pertanto sia ignota la sua qualifica, c'è incertezza sul modulo probatorio da utilizzare (se quello *ex* art 6, relativo agli apicali, che addossa all'ente l'onere di provare l'esimente circa l'adozione di un efficace modello organizzativo o se quello *ex* art. 7, attinente ai subordinati, che invece obbliga il pubblico ministero a dimostrare la violazione da parte dell'ente degli obblighi di direzione e vigilanza): in tal caso non si può escludere che il dubbio possa essere risolto a favore del modulo semplificato, meno impegnativo per il pubblico ministero, in sostanza, si paventa il rischio che nella prassi applicativa ci si potrebbe orientare nel senso di ritenere integrato il reato da parte del soggetto in posizione apicale (MOSCARINI).

La questione tocca un aspetto cruciale della disciplina complessiva della responsabilità delle persone giuridiche e richiede di essere affrontata con chiarezza. Si deve precisare, anzitutto, che la responsabilità

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente presuppone un fatto tipico e antigiuridico e, pertanto, è corretto affermare che sussiste anche in caso di autore ignoto (PULITANÒ); in secondo luogo, occorre considerare che il principio di autonomia indica che la responsabilità dell'ente è autonoma *dalla responsabilità penale della persona fisica*, ma non dalla obiettiva realizzazione di un reato integro di tutti gli elementi che ne fondano lo specifico disvalore (PULITANÒ). Data questa premessa, risulta corretto ritenere che, in realtà, l'ipotesi di mancanza assoluta di elementi indiziari circa l'attribuzione del reato a una delle due categorie soggettive appare piuttosto remota; è plausibile che sia stata accertata l'appartenenza dell'autore del reato ai soggetti di vertice e semmai incerta la responsabilità individuale ovvero il suo ruolo nell'ambito della organizzazione dell'ente (FIDELBO). E, infatti, la giurisprudenza richiede che sia almeno individuabile la categoria di appartenenza dell'autore del reato-presupposto rimasto ignoto e che, inoltre, sia possibile escludere che questi abbia agito nel suo esclusivo interesse (Cass. 10 novembre 2015, n. 28299). In ogni caso, nella situazione in esame — nella quale la verifica indiziaria è certamente più difficile, ma non impossibile — il dubbio deve andare a svantaggio del pubblico ministero (FIDELBO): in altre parole, ove si riveli errata la sua ipotesi di attribuzione del reato a soggetto apicale, subentrando l'ascrizione del reato a soggetto subordinato, l'accoglimento della richiesta cautelare resta condizionata alla dimostrazione della violazione degli obblighi di direzione e vigilanza (art. 7): in assenza di tale dimostrazione da parte del pubblico ministero il rigetto della sua richiesta è inevitabile.

5. Le esigenze cautelari.

Il presupposto oggettivo ricavato dall'art. 13 e quello relativo ai gravi indizi non sono sufficienti a legittimare l'applicazione della misura interdittiva. Si esige, altresì, la presenza del *periculum* cautelare, costituito dal « concreto pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede » (art. 45 comma 1). È, questa, l'unica esigenza cautelare rilevante nel processo *de societate* che in tal modo si differenzia vistosamente dal sistema delle cautele previsto per l'imputato ove, come è noto, sono presi in considerazione anche il pericolo di inquinamento delle prove e il pericolo di fuga (art. 274 lett. *a* e lett. *b* c.p.p.). Se il rischio di fuga è certamente incompatibile con la natura dell'ente (persona giuridica), non così può dirsi per il pericolo di inquinamento delle prove e averlo trascurato comporta che le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

esigenze probatorie non risultano adeguatamente tutelate: l'eventuale applicazione di una misura cautelare nei confronti della persona fisica cui sia attribuito il reato-presupposto non sarebbe in grado di evitare interventi di alterazione o di occultamento delle prove da parte di soggetti comunque appartenenti alla organizzazione dell'ente.

L'accento posto sulla sola finalità di impedire la reiterazione dell'illecito, inoltre, mette in evidenza che le misure interdittive sono orientate ai medesimi obiettivi di prevenzione speciale propri delle sanzioni alle quali finiscono per essere assimilate: comune a entrambe è lo scopo di recuperare l'ente alla legalità. Ma una simile finalità attribuita alle misure cautelari e, pertanto, perseguita prima che sia accertata la responsabilità dell'ente, rende dubbia la compatibilità di questa disciplina con il principio costituzionale di cui all'art. 27 comma 2 Cost. che, appunto, vieta l'equiparazione dell'imputato al colpevole; del resto che le garanzie costituzionali sancite per la responsabilità penale si estendono pure a forme di responsabilità amministrativa è opinione affermatasi ormai anche a livello comunitario (V. Zagrebelsky).

La previsione legislativa incentrata sul pericolo di reiterazione di illeciti della *stessa indole* di quello per cui si procede richiama la formula — più puntuale di quella (reati della *stessa specie*) utilizzata dall'art. 274 comma 1 lett. *c* c.p.p. — che appare nell'art. 101 c.p. e, quindi, i due parametri alternativi ivi previsti. Ciò significa che il rischio va riferito alla commissione (*1*) di reati in violazione della medesima disposizione di legge ovvero a (*2*) quelli che, pur previsti da disposizioni diverse, presentano caratteri fondamentali comuni desumibili dalla natura dei fatti e da motivi che li determinano.

Si richiede, inoltre, che il pericolo sia concreto e, per quanto non espressamente stabilito, si deve ritenere necessaria pure la sua attualità; questo è il requisito che la l. 16 aprile 2015 n. 47 ha reso esplicito nella corrispondente previsione dell'art. 274 comma 1 lett. *c* c.p.p. confermando la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale che già escludeva valutazioni meramente congetturali o ipotetiche, senza dubbio non ammissibili anche nella sede cautelare per l'ente. In ogni caso bastano fondati e specifici elementi stando alla norma dell'art. 45 comma 1 che — per la sua indeterminatezza — attribuisce al giudice una discrezionalità incontrollata.

Un argine ad eventuali arbitri può essere posto facendo leva su indici sintomatici non dissimili da quelli stabiliti dall'art. 274 comma 1 lett. *c* c.p.p. norma che pretende un giudizio prognostico filtrato attraverso le « specifiche modalità e circostanze del fatto » e la « per-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sonalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato ». Il primo criterio di valutazione, di tipo oggettivo, è desumibile dall'art. 13 e, pertanto, valgono al riguardo gli indicatori, ivi previsti, della gravità dell'illecito e dell'entità del profitto nonché della gravità del danno patrimoniale cagionato (*ex* art. 12 comma 1 richiamato dall'art. 13 comma 3) (Cass. 23 giugno 2006, n. 32626; Id. 23 giugno 2006, n. 32627, cit.). Per il secondo criterio, di natura soggettiva e attinente alla « personalità » dell'ente, vale il riferimento sia alla eventuale precedente commissione di illeciti sia alla politica d'impresa attuata negli anni e soprattutto allo stato della sua organizzazione al punto che si assegna valore negativo alla mancata attuazione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione del reato (Cass. 9 febbraio 2016, n. 11209; Id. 18 giugno 2014, n. 37712; Id. 23 giugno 2006, n. 32626).

Particolare rilievo è stato attribuito a interventi di sostituzione o estromissione dei vertici societari coinvolti, considerati, purché seri e non strumentali, sintomatici di una riorganizzazione dell'ente in grado di neutralizzare il pericolo di reiterazione del reato (Cass. 2 febbraio 2012, n. 6248; Id. 22 giugno 2010, n. 27760; Id. 25 gennaio 2010, n. 20560; Id. 23 giugno 2006, n. 32626). Una simile soluzione, valorizzata dalla giurisprudenza, non manca tuttavia di incidere negativamente sulle prerogative difensive dell'ente, il quale si trova esposto al rischio che tali sue iniziative — per di più intraprese sotto la pressione di fronteggiare l'interdizione cautelare — suonino come implicita ammissione di non adeguatezza degli originari vertici societari (Varraso).

6. L'iniziativa cautelare.

L'iniziativa cautelare è riservata al pubblico ministero che presenta la richiesta al giudice, al quale spetta in via esclusiva la decisione sia circa l'applicazione sia su ogni vicenda attinente alla misura applicata (modifica delle modalità esecutive, revoca, sospensione e sostituzione). Si può notare che anche il sistema cautelare per l'ente propone quel riparto di competenze tra pubblico ministero e giudice, delineato nella corrispondente normativa codicistica, tramite il quale si realizza il principio della separazione delle funzioni e si assicura il rispetto della riserva assoluta di giurisdizione.

L'iniziativa — che ha l'effetto di interrompere il decorso dei termini di prescrizione (art. 22 comma 2) — vincola il giudice cui è impedito attivarsi *ex officio* nonché disporre misure (o loro modalità) più gravose di quelle richieste dal pubblico ministero. Precisi obblighi

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

fanno capo anche a questi, tenuto a presentare al giudice gli elementi utili per la decisione, inclusi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate (art. 45 comma 1). La finalità di tale adempimento — mutuato dalla disposizione dell'art. 291 comma 1 c.p.p. — è quella di evitare che il patrimonio conoscitivo del giudice venga a dipendere dalle scelte discrezionali del pubblico ministero a discapito della tutela delle esigenze difensive dell'ente e della fondatezza della valutazione giudiziale.

Nessun dubbio, pertanto, che la richiesta del titolare dell'accusa debba essere corredata anche dei verbali di cui all'art. 268 comma 2 c.p.p. (c.d. brogliacci di ascolto) limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269 c.p.p. come prescritto dall'art. 291 comma 1 c.p.p.: la disposizione codicistica, quale risultante da una ampia manovra riformatrice della disciplina delle intercettazioni (d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216; d.l. 30 dicembre 2019 n. 161 conv. nella l. 28 febbraio 2020 n. 7; d.l. 10 agosto 2023 n. 105 conv. nella l. 9 ottobre 2023 n. 137 e, da ultimo, la l. 9 agosto 2024 n. 114 che ha introdotto previsioni a tutela della riservatezza di terzi e, quanto alla richiesta del pubblico ministero, ha stabilito che la stessa « deve evitare in ogni caso di indicare dati personali dei soggetti diversi dalle parti salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione »), integra quella dettata nella sede propria dell'ente (art. 45) veicolata dal richiamo generale (art. 34). La citata puntualizzazione normativa lascia intendere che al pubblico ministero è sottratta la possibilità di selezionare le risultanze a discarico a sua disposizione al momento della iniziativa cautelare; deve, invece, essergli riconosciuto il potere di filtro degli elementi a carico e ciò a salvaguardia della istanza, contrapposta, di impedire una loro *discovery* prematura in vista del potenziale sviluppo delle indagini.

La complessità dei presupposti e della fattispecie oggetto della richiesta comporta, peraltro, che il pubblico ministero fornisca gli elementi attinenti a tutti i requisiti del modello di imputazione della responsabilità dell'ente, compresi quelli concernenti il reato-presupposto e, soprattutto, i fatti in grado di escludere l'applicazione della misura (es. danno patrimoniale di particolare tenuità: art. 12 comma 1 lett. *b*), questi ultimi riconducibili nell'ambito degli elementi a favore dell'ente.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

7. Il giudice competente.

Sulla richiesta provvede il giudice, da individuarsi alla stregua delle ordinarie regole di competenza indicate dall'art. 47, norma che replica quelle fissate nella corrispondente sede codicistica (art. 279 c.p.p.) e richiama le disposizioni dall'art. 91 disp. att. c.p.p.: la scelta è giustificata dalla circostanza che l'accertamento dell'illecito fa capo al giudice competente per il reato dal quale lo stesso dipende.

La relativa disciplina opera, pertanto, una distribuzione della competenza del giudice in relazione allo sviluppo del procedimento articolandola in coincidenza con i suoi diversi stati e gradi. In generale, la competenza è riconosciuta al giudice che procede; nello specifico, al giudice per le indagini preliminari durante la fase delle indagini; nell'ambito degli atti preliminari al dibattimento, è attribuita, secondo la rispettiva competenza per materia circa il reato-presupposto, al tribunale in composizione monocratica o collegiale, alla corte d'assise, alla corte d'appello o alla corte d'assise d'appello; dopo la pronuncia e prima della trasmissione dagli atti a norma dell'art. 590 c.p.p., competente è il giudice che ha pronunciato la sentenza; in pendenza del giudizio di cassazione, spetta al giudice del provvedimento impugnato (art. 91 disp. att. c.p.p.).

Manca, invece, una previsione equivalente a quella dell'art. 291 comma 2 c.p.p. che regola il caso in cui il giudice riconosca la propria incompetenza, autorizzandolo a disporre la misura richiesta una volta riscontrate le condizioni di applicabilità e l'urgenza di soddisfare le esigenze cautelari, con conseguente operatività della norma dell'art. 27 c.p.p. cui si fa espressamente rinvio. La lacuna va colmata avvalendosi della disposizione generale di raccordo dell'art. 34 che consente di traslare nel contesto per l'ente la medesima soluzione (art. 291 comma 2 c.p.p.); la sua applicazione richiede tuttavia un adattamento alle particolarità del procedimento cautelare, particolarità sulle quali ci si soffermerà a breve. Per ora, basta considerare che la decisione del giudice è adottata successivamente alla instaurazione di una apposita udienza camerale in contraddittorio con l'ente. Questa conformazione strutturale comporta, da un lato, che la misura cautelare può essere applicata solamente se il giudice rileva la situazione di incompetenza proprio nel corso dell'udienza camerale e, dall'altro, che gli è preclusa una sua applicazione *de plano* ove abbia riscontrato la propria incompetenza prima della fissazione dell'udienza camerale e nonostante l'eventuale presenza di ragioni di urgenza cautelare. Il seguito della

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

procedura è quello stabilito dall'art. 27 c.p.p.: la misura cautelare deve essere rinnovata dal giudice competente entro venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti.

8. L'udienza camerale.

Come si è anticipato, il procedimento cautelare contempla due caratteristiche che ne connotano la peculiarità: udienza e contraddittorio, entrambi previsti come necessari e preventivi rispetto alla decisione. La necessità dell'udienza dà vita a due situazioni:

1) che la richiesta del pubblico ministero sia avanzata nel corso di una udienza già instaurata (udienza preliminare e giudizio): le sue forme e regole definiscono il contesto processuale per la decisione del giudice;

2) che la richiesta del pubblico ministero sia presentata fuori udienza, ipotesi che impone al giudice di fissarne una *ad hoc* finalizzata alla decisione cautelare con avviso della relativa data allo stesso pubblico ministero e al difensore dell'ente.

In questo secondo caso, l'udienza si svolge secondo le forme del modello camerale di cui all'art. 127 c.p.p. espressamente richiamato, sebbene data la natura urgente della decisione si sia preferito prevedere, per l'avviso d'udienza e la presentazione delle memorie, tempi ridotti (rispettivamente, cinque e tre giorni) rispetto a quelli ivi prescritti nel comma 1 e 2. Si tratta, tuttavia, di termini di tipo ordinatorio così come quello che deve intercorrere tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza che, stando all'art. 45 comma 3, non deve superare i quindici giorni. Poiché la cornice normativa dell'udienza è quella definita dal modello camerale, la partecipazione di pubblico ministero, ente e suo difensore è facoltativa, così come stabilito dall'art. 127 comma 2 c.p.p.; all'ente costituito (v., *supra*, cap. XIV, §§ 4 e 5), presente per mezzo del suo rappresentante legale (art. 39) o nominato *ad litem* — e, ove non compaia, mediante il difensore che lo rappresenta *ex* art 39 comma 4 — e al difensore è garantito il diritto di conoscere contenuto della richiesta ed elementi addotti a sostegno con accesso alla cancelleria del giudice (art. 45 comma 2): la previsione mira a consentire una loro partecipazione consapevole alla udienza in vista del contraddittorio che deve precedere la decisione cautelare.

Proprio la scelta di collocare tale decisione nell'ambito dell'udienza camerale regolata dall'art. 127 c.p.p. provoca l'effetto indiretto di limitare impropriamente il loro diritto alla stessa partecipazione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

all'udienza camerale con pregiudizio della difesa sia personale sia tecnica. Il problema si pone con riferimento al caso di legittimo impedimento dell'ente o del difensore a comparire all'udienza. Facendo applicazione di quanto statuisce la norma dell'art. 127 comma 4 c.p.p. il diritto al rinvio — a pena di nullità — dell'udienza può essere riconosciuto solamente se il legittimo impedimento riguardi l'ente che, nella persona del suo rappresentante legale, abbia chiesto di essere sentito personalmente.

Quanto al difensore (di fiducia), l'orientamento consolidato della giurisprudenza sulla questione generale prospettatasi con riguardo alla udienza *ex* art. 127 c.p.p. afferma che il suo legittimo impedimento comporta il rinvio solamente dell'udienza preliminare e di quella dibattimentale con esclusione di tutte le ipotesi in cui l'udienza si svolga secondo le forme camerali (Cass., sez. un., 8 aprile 1998, Cerroni e, da ultimo, Id., sez. un., 27 giugno 2006, Passamani). E, in tal caso, al difensore nominato in sua sostituzione a norma dell'art. 97 comma 4 c.p.p., non spetta il diritto di ottenere un termine per la difesa *ex* art. 108 c.p.p., dal momento che questa garanzia opera ove il difensore abbia cessato definitivamente il suo ufficio e non anche ove la sua funzione processuale sia momentaneamente sospesa con la nomina del sostituto (Cass. 19 novembre 2014, n. 3558; Id. 6 novembre 2013, n. 4643).

Di recente si sono registrate aperture con riguardo al giudizio camerale di appello conseguente a processo di primo grado celebrato con rito abbreviato: nel suo ambito, il legittimo impedimento del difensore trova ora riconoscimento se attinente a imprevedibili ragioni di salute (Cass., sez. un., 3 ottobre 2016, Nifo Sarrapochiello e al.). Nondimeno, l'apprezzabile sensibilità mostrata per la tutela della difesa tecnica resta circoscritta alla fattispecie decisa, così che di fatto è confermato l'assetto dell'udienza come regolato dall'art 127 c.p.p. che pertanto rimane immutato nel contesto *de societate*.

L'interpretazione della giurisprudenza, messa a punto con riguardo al problema generale che si profila nel processo a carico della persona fisica, è coerente con la lettera dell'art. 127 comma 4 c.p.p., ma è censurabile se trasferita senza correttivi nella sede cautelare regolata per l'ente poiché svilisce la rilevanza assegnata alla udienza e alla instaurazione del contraddittorio, entrambi preventivi ed entrambi connotati tipici di questa procedura. Del resto, lo stesso legislatore ha previsto spazi operativi per l'intervento difensivo riconoscendo, in sostanza, che il contributo del difensore è essenziale in vista della decisione sulla misura.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Come si specificherà, la sua partecipazione alla dialettica dell'udienza è utile proprio al fine di incrementare gli elementi di valutazione a disposizione del giudice e allo scopo di agevolare la scelta della misura o anche l'adozione di soluzioni alternative: in particolare la nomina del commissario giudiziale (art. 45 comma 3) in sostituzione della applicazione della misura o anche la sospensione di quella applicata (art. 49) così da consentire all'ente l'attuazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17, istituti sui quali ci si soffermerà in seguito (v., *infra*, §§ 12 e 13). Va precisato che il difensore è legittimato a portare alla conoscenza del giudice elementi nuovi e di favore, frutto delle indagini difensive, anche svolte in via preventiva (art. 391-*nonies* c.p.p.).

La giurisprudenza intervenuta su questa disciplina, da parte sua, ha peraltro già provveduto ad adattare alla specificità della procedura cautelare per l'ente il modulo camerale dell'art. 127 c.p.p.: sebbene questo preveda attività istruttorie ridotte (audizione, eventuale, del pubblico ministero, dell'ente e del suo difensore) dando prevalenza al materiale probatorio precostituito, si è ammesso che il giudice disponga perizie e si avvalga delle relative risultanze tecniche ai fini della valutazione di idoneità del modello organizzativo (G.i.p. Trib. Roma 22 novembre 2002).

9. Il contraddittorio preventivo.

Come si è segnalato, la decisione sulla richiesta di applicazione della misura avviene nell'ambito di una udienza che contempla l'intervento difensivo dell'ente (art. 47). La procedura cautelare del sistema *de societate* prevede, in sostanza, un contraddittorio *preventivo* con il destinatario della cautela e ciò a differenza di quanto stabilito nell'assetto codicistico originario in relazione all'imputato; il suo interrogatorio, difatti, è tuttora adempimento obbligatorio, ma allora contemplato come sempre *successivo* alla adozione della misura (art. 294 c.p.p.).

La recente l. 9 agosto 2024 n. 114, ha previsto anche per l'imputato una ipotesi di interrogatorio anticipato (art. 291 comma 1-*quater* c.p.p.): il suo ambito operativo è circoscritto ai casi in cui sussista l'esigenza cautelare *ex* art. 274 comma 1 lett. *c* c.p.p. (pericolo di reiterazione di reati della stessa specie di quello per cui si procede) ma impedito per i reati ritenuti di maggiore gravità (delitti indicati dall'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p., dall'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p., gravi delitti commessi con uso di armi o altri mezzi di violenza personale); oltre che

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

in queste ipotesi espressamente escluse, non opera, pertanto, nei casi in cui le esigenze cautelari siano il pericolo di inquinamento della prova e il pericolo di fuga (rispettivamente lett. *a* e lett. *b* dell'art. 274 comma 1 c.p.p.) e comunque non si prevede la presenza obbligatoria del difensore. Dati gli stretti limiti applicativi stabiliti, l'innovazione non è tale da assumere portata generale, si prospetta piuttosto come eccezione alla regola — che rimane ancora generale — del contraddittorio successivo alla applicazione della misura cautelare.

La nuova ipotesi si affianca a quella che in precedenza costituiva l'unica eccezione contemplata, riferita alla richiesta di applicazione della misura interdittiva della sospensione da un pubblico ufficio o servizio per il quale l'interrogatorio dell'interessato deve precedere la decisione cautelare (art. 289 comma 2 c.p.p.). Tuttavia restrizioni valgono anche per questa ipotesi: l'interrogatorio preventivo è limitato alla sola fase delle indagini preliminari e, a seguito della modifica introdotta dalla l. n. 47 del 2015, opera ove tale misura sia richiesta dal pubblico ministero, restando fermo l'interrogatorio successivo se invece disposta dal giudice in luogo di altra e diversa cautela, indicata dal titolare dell'accusa. Da rilevare che nel contesto processuale riferito all'ente, invece, il contraddittorio preventivo, per scelta legislativa originaria, è sempre previsto e costituisce elemento caratteristico della dinamica cautelare: a ben vedere, in questa sede, l'applicazione della misura prescinde comunque dall'"effetto sorpresa".

La ragione giustificativa di tale scelta legislativa risiede nella stessa funzione assegnata al contraddittorio preventivo: oltre a favorire la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria (Relazione), l'intervento dell'ente mira a fornire al giudice informazioni estranee alla sua ordinaria conoscenza, quale lo stato organizzativo dell'ente stesso, ma fondamentali ai fini della decisione e si rivela utile anche per l'adozione di soluzioni ulteriori rispetto alla applicazione della misura (es. nomina del commissario giudiziale *ex* art. 45 comma 3; sospensione della misura applicata *ex* art. 49). Si deve perciò convenire con la giurisprudenza che l'assetto cautelare *de societate* si fonda su una « tutela rafforzata » del contraddittorio, inteso come momento di interlocuzione tra ente e organo giudicante (Cass., sez. un., 27 settembre 2018, R. Gestioni s.p.a.). Data la sua finalità, il contraddittorio preventivo assume una connotazione tipicamente difensiva e non può essere inteso come una forma di impropria "collaborazione" richiesta all'ente. Nessuna conseguenza negativa può, quindi, derivare dal fatto che l'ente non partecipi all'udienza sottraen-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dosi al contraddittorio né dalla circostanza che, una volta presente, non ammetta l'addebito. Anche se non espressamente richiamate, sono le norme degli artt. 64 e 65 c.p.p. a definire le modalità di svolgimento del contraddittorio e il suo oggetto che, pertanto, fa perno sulla contestazione ipotizzata dal pubblico ministero nella richiesta della misura.

Il contraddittorio preventivo tutela pienamente le esigenze difensive dell'ente che, infatti, vi partecipa avendo la completa cognizione delle carte in mano all'accusa e, perciò, sostituisce, rendendolo superfluo, l'interrogatorio "di garanzia" prescritto dall'art. 294 c.p.p. successivamente all'applicazione della misura che, come è noto, è decisa dal giudice *inaudita altera parte*.

10. I criteri di scelta.

In esito alla udienza il giudice provvede con ordinanza qualunque sia la decisione assunta sulla richiesta, vale a dire sia in caso di suo rigetto sia in caso di accoglimento con applicazione della misura cautelare. A questa il giudice si determina una volta accertata la presenza dei presupposti contemplati dall'art. 45, come si è detto, quello implicito di tipo oggettivo, i gravi indizi per ritenere la responsabilità dell'ente e il pericolo di reiterazione di illeciti della stessa indole. Analogamente a quanto stabilito nella sede codicistica, la scelta della misura da applicare nel caso concreto segue criteri guida prefissati dal legislatore, soluzione resa necessaria dalla pluralità delle cautele interdittive. Sono i tradizionali parametri di adeguatezza, proporzionalità e gradualità, indicati dalla norma dell'art. 46 sulla falsariga dalla previsione dell'art. 275 c.p.p.

Il criterio di *adeguatezza* attiene alla esigenza cautelare: impone al giudice di scegliere la misura funzionalmente idonea ad evitare il pericolo di reiterazione dell'illecito e opera in modo che, ove più misure siano egualmente adeguate, il giudice scelga quella che implica il sacrificio minore secondo un principio di « economicità » (Moscarini). In questa valutazione intervengono le regole di commisurazione dettate dall'art. 14 che consentono al giudice di limitare l'incidenza sull'ente dell'intervento cautelare adattandolo alla situazione concreta di pericolo: la norma dell'art. 14 comma 1 rende possibile frazionare la misura interdittiva riferendola ai soli settori produttivi dell'ente in cui è maturato l'illecito; d'altro canto, la previsione dell'art. 14 comma 2 permette di circoscrivere il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione a determinati tipi di contratti nonché a determinate amministrazioni.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Il criterio di *proporzionalità* si riferisce alla entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente. Implica, pertanto, una prognosi circa la futura punizione dell'ente, una volta accertata la sua responsabilità, e impedisce che si applichi all'ente una interdizione cautelare più grave — e, perciò, sproporzionata — rispetto alla interdizione/sanzione che sarà decisa in esito al giudizio. Entità del fatto e sanzione devono essere prese in considerazione congiuntamente dal giudice; la sua valutazione poggia sui criteri di scelta delle sanzioni interdittive fissati dall'art. 14 e, per rinvio, dall'art. 11, relativi alla gravità del fatto, al grado della responsabilità dell'ente, all'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Il criterio di *gradualità* prescrive di fare ricorso alla interdizione più grave — quella dall'esercizio della attività (art. 9 comma 2 lett. *a*) — come *extrema ratio*, cioè solamente quando ogni altra misura risulti inadeguata.

In deroga a quanto sancito in relazione alle sanzioni (art. 14 comma 3), per le misure interdittive si è previsto il divieto di loro applicazione congiunta (art. 46 comma 4) a conferma della esigenza che le interdizioni in funzione cautelare siano contenute nei limiti della stretta necessità. La preclusione scioglie l'equivoca correlazione tra sanzioni e cautele dotate dei medesimi effetti invasivi della *societas* e riconosce, in sostanza, la diversa funzione dell'intervento interinale; la stessa non opera, pertanto, con riguardo alla applicazione cumulativa di cautele interdittive e cautele reali (sequestro preventivo e sequestro conservativo): orientano in questo senso anche la diversa rispettiva finalità nonché l'oggetto sul quale le cautele incidono (Ceresa-Gastaldo). Nemmeno l'ambigua formulazione letterale dell'art. 46 comma 4 — che riferisce il divieto genericamente alle « misure cautelari » — è stata considerata dalla giurisprudenza d'ostacolo a fronte di una lettura sistematica e coordinata della normativa: si è puntualizzato che questa dedica due comparti distinti alle misure cautelari (interdittive/reali) che devono ritenersi autonomi e regolati compiutamente (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia italimpianti s.p.a.).

11. L'ordinanza cautelare e gli adempimenti esecutivi.

L'ordinanza che dispone la misura interdittiva deve rispondere a precisi requisiti, taluni previsti autonomamente dalla normativa statuita per l'ente, altri con rinvio alla disciplina dettata dall'art. 292 c.p.p.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Nell'ordinanza il giudice deve indicare le modalità applicative della misura, come prescrive l'art. 45 comma 2, in tal modo richiamando la direttiva generale dell'art. 14 comma 1 che collega la sanzione alla specifica attività alla quale si riferisce l'illecito amministrativo. Si è già precisato che questo criterio opera anche in sede cautelare e permette di limitare l'incidenza della cautela al solo settore produttivo interessato dall'illecito addebitato all'ente (Cass. 25 gennaio 2010, n. 20560). Inoltre, secondo quanto statuito dall'art. 51 comma 1, il giudice deve fissare la durata della misura; per le cautele interdittive, infatti, è prestabilito un termine massimo che non può superare un anno (v., *infra*, § 16). Nell'ordinanza cautelare deve essere indicato il tempo di durata della interdittiva applicata all'ente nel caso concreto, determinato dal giudice nel rispetto dell'art. 51 comma 1 e quindi in misura comunque non superiore a quello ivi previsto e già ricordato. Sebbene nessuna norma lo imponga esplicitamente, deve ritenersi obbligo del giudice motivare su tutti e su ciascuno dei contenuti dell'ordinanza cautelare previsti dalla disciplina per l'ente: in questo senso depone il principio generale prescritto senza eccezioni, per ordinanze e sentenze, dall'art. 125 comma 3 c.p.p. Pertanto, anche le ragioni della scelta della misura nel rispetto dei criteri fissati dall'art. 46 e, in particolare, ove applicata l'interdizione dall'esercizio della attività, la valutazione di inadeguatezza delle altre misure (46 comma 3) devono essere oggetto di esplicita enunciazione.

Gli ulteriori requisiti dell'ordinanza cautelare si ricavano dall'art. 292 c.p.p. che li contempla a pena di nullità: poiché si tratta di previsione che regola il caso di misura cautelare applicata all'imputato, persona fisica, deve essere adattata alle particolarità dell'ente, persona giuridica. Seguendo questa indicazione di metodo, l'ordinanza deve specificare gli estremi identificativi dell'ente (art. 292 comma 2 lett. *a* c.p.p.), in particolare la sua denominazione e non necessariamente il nominativo del legale rappresentante (Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, cit.), mentre l'autore del reato è desumibile dalla sommaria enunciazione del fatto, vale a dire dal reato da cui dipende l'illecito amministrativo. L'esposizione dei presupposti cautelari (art. 292 comma 2 lett. *c* c.p.p.) si riferisce necessariamente alla fattispecie complessa di cui all'art. 45 e quindi include tutte le condizioni di applicabilità della misura (artt. 13 e 5; artt. 6 e 7); l'enunciazione delle specifiche esigenze cautelari (art. 292 comma 2 lett. *c* c.p.p.) attiene al pericolo di reiterazione di illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, l'unico previsto nella disciplina per l'ente (art. 45 comma 1).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Occorre, altresì, che il giudice espliciti i motivi per quali ha ritenuto non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa (art. 292 comma 2 lett. *c-bis* c.p.p.), adempimento prescritto espressamente a pena di nullità e particolarmente confacente alla prevista partecipazione attiva dell'interessato alla procedura cautelare, mediante il contraddittorio preventivo. Proprio tale caratteristica della procedura camerale giustifica l'orientamento della giurisprudenza che esige un onere motivazionale rigoroso: si esclude — con riguardo sia agli elementi forniti dalla difesa sia, in generale, al complesso indiziario a carico dell'ente — la possibilità di una motivazione *per relationem* ai contenuti dell'ordinanza cautelare disposta nei confronti della persona fisica presunta autore del reato presupposto salvo che per la parte riferita ai gravi indizi di sussistenza del fatto di reato (Cass. 5 marzo 2013, n. 10904; Id. 5 marzo 2013, n. 10903; Id. 26 giugno 2008, n. 30412; Id. 23 giugno 2006, n. 32627) unico elemento coincidente che può sorreggere una sua funzione integrativa.

Tutti i citati requisiti giustificativi della misura applicata devono essere oggetto, oltre che di analitica esposizione, anche di *autonoma valutazione* da parte del giudice secondo il modello di motivazione rafforzata previsto dalla norma codicistica di riferimento come innovata dalla l. n. 47 del 2015: la sua finalità di evitare un acritico recepimento delle ragioni del pubblico ministero a migliore tutela del diritto di difesa si impone senza riserve nel contesto per l'ente in ragione della rilevante incidenza delle misure cautelari interdittive. A pena di nullità dell'ordinanza cautelare è previsto (art. 292 comma 2-*ter* c.p.p.) inoltre l'obbligo di valutazione — anch'essa richiesta *autonoma* dalla l. n. 47 del 2015 — degli elementi a carico e a favore dell'ente, di cui agli artt. 358 e 327-*bis* c.p.p. entrambi operanti in virtù della norma generale di raccordo dell'art. 34, nonché di quelli risultanti dal contraddittorio con l'ente (così adattando al contesto in esame quanto espressamente richiesto per l'ipotesi di interrogatorio preventivo dell'indagato dal periodo aggiunto al comma 2-*ter* dell'art. 292 c.p.p. dalla l. n. 114 del 2024).

A carico del giudice cautelare valgono anche due "moniti" sopravvenuti: anzitutto, di limitare la riproduzione delle comunicazioni e conversazioni ai soli brani essenziali ove necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi (art. 292 comma 2-*quater* c.p.p. norma aggiunta dall'intervento legislativo di riforma del regime delle intercettazioni: v., *supra*, § 6); in secondo luogo, di evitare, in ogni caso, l'indicazione dei dati personali dei soggetti diversi dalle parti salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione degli elementi rile-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

vanti (art. 292 comma 2-*quater* c.p.p. come interpolato dalla l. n. 114 del 2024). La data e la sottoscrizione dell'ordinanza cautelare da parte del giudice sono requisiti certamente necessari (art. 292 comma 2 lett. *e* c.p.p.) così come la sottoscrizione dell'ausiliario e il sigillo dell'ufficio nonché l'indicazione del luogo dove si trova l'imputato (art. 292 comma 2-*bis* c.p.p.) da intendersi riferito alla sede dell'ente destinatario della misura.

Una volta emessa, l'ordinanza cautelare è depositata nella cancelleria del giudice (art. 128 c.p.p.), comunicata al pubblico ministero e notificata all'ente e al suo difensore e ciò allo scopo di rendere possibile l'esecuzione della misura interdittiva applicata. Al fine di dare avvio alla parallela procedura di controllo, il provvedimento deve essere comunicato, a cura della cancelleria del giudice, alle autorità deputate alla vigilanza sull'ente (art. 84). La notificazione dell'ordinanza all'ente è di competenza del pubblico ministero (art. 48) e segue le particolari prescrizioni dell'art. 43. La disciplina della sua comunicazione al pubblico ministero e notifica al difensore dipende, invece, dal particolare contesto processuale nel quale sia stata pronunciata l'ordinanza. Così, se la decisione del giudice è stata adottata in udienza preliminare o in dibattimento già in corso di svolgimento, operano rispettivamente, le disposizioni degli artt. 424 e 548 c.p.p. Ove, invece, sia stata fissata apposita udienza (art. 47 comma 2), l'adempimento è regolato dall'art. 127 comma 7 c.p.p., norma dettata per i provvedimenti emessi in camera di consiglio e tuttavia non espressamente richiamata: l'omissione non può dirsi determinante se si osserva che il rinvio alla disciplina dell'udienza camerale attiene propriamente alle sue modalità di instaurazione e svolgimento.

Del resto, aver affidato al pubblico ministero — in deroga a quanto sancito in sede codicistica (art. 293 c.p.p.) — la notifica dell'ordinanza cautelare all'ente (art. 48), presuppone che allo stesso sia stata effettuata comunicazione del provvedimento proprio come prescritto dall'art. 127 comma 7 c.p.p. Nemmeno pare adeguata a questo scopo, la previsione generale dell'art. 128 c.p.p., certamente applicabile: la norma garantisce il solo avviso di deposito dell'originale del provvedimento ai titolari del diritto di impugnazione (nella specie, al difensore oltre che al pubblico ministero), ma non assicura anche il suo esercizio nel rispetto dei ristretti termini stabiliti per l'appello. È probabile che non aver richiamato il comma 7 dell'art. 127 c.p.p. trovi giustificazione nella esigenza di evitare che il rinvio fosse inteso anche al regime impugnativo lì riferito al solo ricorso per cassazione. Il suo recupero

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nella sede cautelare dell'ente può allora avvenire tramite il raccordo generale di cui all'art 34 e in modo "selettivo" così da rispettare il criterio di compatibilità; per meglio chiarire, la norma dell'art. 127 comma 7 c.p.p. può essere applicata unicamente nella parte in cui colma il vuoto legislativo, vale a dire il segmento che regola pronuncia dell'ordinanza e suoi adempimenti esecutivi, appunto non espressamente disciplinato; la sua operatività svolge quindi una funzione integrativa così da salvaguardare il diritto delle parti di avvalersi del rimedio dell'appello in tempo utile (art. 52). L'interpretazione prospettata presenta certamente forzature, ma comunque non superiori a quelle provocate dalla tesi che fa leva sulla applicazione dell'art. 293 comma 3 c.p.p., tesi suggerita da una parte della dottrina (FIDELBO; GENNAI-TRAVERSI) a proposito della notifica dell'ordinanza al difensore dell'ente.

La disposizione dell'art. 293 comma 3 c.p.p. contempla, infatti, regole non compatibili con la particolare procedura camerale stabilita per l'ente. Anzitutto dispone che l'ordinanza cautelare sia depositata in cancelleria *dopo* la sua notifica (all'imputato) o la sua esecuzione e che del deposito sia dato avviso al difensore: deposito e avviso al difensore sono *successivi* alla notifica dell'ordinanza in modo da salvaguardare l'"effetto sorpresa" tipico della misura cautelare destinata all'imputato, "effetto sorpresa" estraneo alle cautele interdittive previste per l'ente che, infatti, sono disposte successivamente all'udienza camerale alla quale partecipano sia l'ente sia il suo difensore. In secondo luogo, prescrive che, insieme con l'ordinanza cautelare, siano depositati la richiesta del pubblico ministero e gli atti presentati a sostegno, entrambi fino a questo momento non conosciuti dal difensore; nella procedura cautelare delineata per l'ente, come si è osservato, richiesta del pubblico ministero e suo corredo probatorio sono messi a disposizione del difensore e dell'ente *prima* dell'udienza (art. 47 comma 2) e allo scopo di consentire la loro partecipazione consapevole al contraddittorio preventivo.

La notificazione all'ente dell'ordinanza cautelare è funzionale, come si è detto, alla esecuzione della misura interdittiva: suo effetto principale è quello di sottoporre l'ente alle interdizioni che integrano il contenuto della misura applicata nonché agli obblighi e ai divieti ad essa inerenti; la loro violazione dà vita alla fattispecie di reato sancita e punita dall'art. 23 comma 1 e, se il reato è stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, comporta anche l'applicazione delle sanzioni amministrative (pecuniaria cui si aggiunge, nel caso in cui l'ente abbia

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tratto dal reato un profitto rilevante, quella interdittiva) stabilite dalla norma (art. 23 commi 2 e 3). Dalla notifica dell'ordinanza cautelare derivano effetti ulteriori: essa individua il *dies a quo* sia per la decorrenza del termine di durata della misura, come fissata dal giudice — mentre la comunicazione alle autorità di controllo e vigilanza prescritta dall'art. 84 ha la diversa finalità di attivare i poteri di controllo (Cass. 21 marzo 2017, n. 15578.) — sia per l'impugnazione del provvedimento mediante la proposizione dell'appello (art. 52).

12. La nomina del commissario giudiziale.

In luogo della cautela interdittiva, il giudice può nominare un commissario giudiziale a norma dell'art. 15, per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata: così dispone il comma 3 dell'art. 45 chiarendo testualmente che la nomina del commissario giudiziale è prevista in funzione *sostitutiva* della misura interdittiva e non configura di per sé una misura cautelare autonoma. D'altro canto, il richiamo all'art. 15 specifica che l'operatività di questo istituto è subordinata alla presenza delle condizioni ivi stabilite. La nomina del commissario giudiziale, infatti, è espressamente contemplata in sede di applicazione della sanzione interdittiva (art. 15) e nella fase della sua esecuzione (art. 79), ma è ammessa anche in ambito cautelare ove si rivela particolarmente appropriata poiché l'intervento limitativo che colpisce l'ente prescinde da un compiuto accertamento della sua responsabilità. Ciò spiega perché la giurisprudenza afferma che anche il giudice dell'impugnazione cautelare è tenuto alla nomina del commissario giudiziale una volta riscontrate le condizioni di legge (Cass. 28 settembre 2011, n. 43108).

La funzione sostitutiva della nomina del commissario giudiziale giustifica la necessità che il giudice compia al riguardo un duplice accertamento. A base dell'istituto, infatti, sta una fattispecie complessa costituita, anzitutto, dai presupposti applicativi della misura cautelare — che viene sostituita — e, in secondo luogo, da quelli stabiliti dall'art. 15 che autorizzano la nomina del commissario giudiziale. Una volta riscontrata la presenza dei presupposti cautelari, al giudice si richiede, infatti, di verificare se l'applicazione della misura interdittiva determini l'interruzione della attività dell'ente secondo quanto dispone l'art. 15 comma 1. La formulazione letterale della previsione lascia intendere che ciò che va riscontrato è l'*effetto* della misura interdittiva: in altre parole, la condizione non si riferisce alla sola misura della interdizione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dall'esercizio dell'attività (art. 9 comma 2 lett. *a*), ma riguarda qualsiasi misura in grado di interrompere l'attività dell'ente. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza che ha riconosciuto legittima la nomina del commissario giudiziale in sostituzione della misura del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 9 comma 2 lett. *c*) nei confronti di un ente impegnato prevalentemente nel settore pubblico (Trib. Roma, 4 aprile 2003).

Verificata la sussistenza dell'effetto interruttivo dell'attività dell'ente, occorre inoltre che il giudice accerti la presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

1) che l'interruzione dell'attività provoca grave pregiudizio alla collettività per il caso in cui l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità (art. 15 comma 1 lett. *a*)

2) che l'interruzione della attività dell'ente, tenendo conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, provoca rilevanti ripercussioni sull'occupazione (art. 15 comma 1 lett. *b*).

Esula dalla sua valutazione il caso, regolato dall'art. 15 comma 1 lett. b-*bis*, in cui la misura interdittiva può pregiudicare la continuità dell'attività svolta in stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale, per il quale la nomina sostitutiva del commissario giudiziale è prevista come sempre obbligatoria in sede cautelare (art. 45 comma 3 secondo periodo aggiunto dal d.l. 5 gennaio 2022 n. 2 conv. nella l. 3 marzo 2023 n. 7). La soluzione diverge da quella stabilita con riferimento alla applicazione della *sanzione* interdittiva, ove la nomina del commissario giudiziale è rimessa a un apprezzamento discrezionale (art. 15 comma 1 lett. b-*bis*)(v., *supra*, cap. XI, § 9); essa vale opportunamente a sollevare il giudice cautelare da una ponderazione di particolare delicatezza data l'assenza sia di precisi criteri guida sia dell'ancoraggio a una certificazione di responsabilità dell'ente.

Come si può notare, la nomina del commissario giudiziale ha la finalità di evitare che l'applicazione di una misura interdittiva ricada negativamente su terzi estranei all'ente, diretto interessato dalla cautela.

La procedura di nomina del commissario giudiziale è regolata dall'art. 15 e dall'art. 79 che tuttavia attengono all'ipotesi in cui la stessa sia disposta in sostituzione della sanzione interdittiva. Le regole ivi previste devono essere adattate alla diversa situazione di cui all'art. 45 comma 3: la competenza deve essere riconosciuta in capo al giudice cautelare che provvede contestualmente alla decisione sulla richiesta

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

della misura; a questo spetta determinare i compiti e i poteri del commissario (G.i.p. Trib. Bari 18 aprile 2005) tenendo presente la « specifica attività » in cui posto in essere l'illecito secondo quanto prescrive l'art. 15 comma 2 (Cass. 16 febbraio 2012, n. 6248; Id. 25 gennaio 2010, n. 20560) con implicito richiamo ai criteri dettati dall'art. 14 (Id. 28 settembre 2011, n. 43108).

Nonostante il contrario avviso della giurisprudenza (Cass. 28 settembre 2011, n. 43108) si deve escludere che al commissario giudiziale possa essere affidato il compito di provvedere alla adozione e alla efficace attuazione di modelli organizzativi. Questo potere — riconosciuto in sede di condanna dell'ente (art. 15 comma 3) — è incompatibile con l'applicazione della misura cautelare che si basa su un accertamento solamente indiziario della sua responsabilità e, nonostante ciò, potrebbe costringere l'ente a investimenti economici anche molto onerosi. Inoltre, poiché la loro realizzazione permette all'ente di ottenere vantaggi sanzionatori (riduzione della sanzione pecuniaria *ex* art. 12 comma 2; esonero dalla applicazione di sanzioni interdittive *ex* art. 17) e la stessa sospensione della misura cautelare applicata (art. 49), deve essere salvaguardata la possibilità di una sua iniziativa *spontanea* in tal senso.

Stando alla interpretazione della giurisprudenza, la nomina del commissario giudiziale determina una sorta di « espropriazione temporanea » dei poteri direttivi e gestionali dell'ente che vengono assunti dal commissario (Cass. 25 gennaio 2010, n. 20560), ma risulta corretto seguire l'indicazione della dottrina e ritenere che, almeno quando i suoi compiti siano determinati con riguardo alla « specifica attività » colpita dalla misura cautelare, questi poteri possono essere condivisi con gli altri organi di gestione dell'ente (Mucciarelli). Per gli atti di straordinaria amministrazione, il commissario giudiziale necessita dell'autorizzazione del giudice al quale ha l'obbligo di riferire periodicamente sull'andamento della gestione e, in esito all'incarico, deve trasmettergli la relazione sull'attività svolta nella quale indica l'entità del profitto derivante dalla prosecuzione della attività (art. 79 comma 2).

A proposito del profitto derivante dalla prosecuzione della attività, la sua confiscabilità è prescritta dagli artt. 15 comma 4 e 79, norme che — si è già ricordato — regolano l'ipotesi di nomina del commissario giudiziale in sostituzione della sanzione interdittiva e perciò una volta accertata la responsabilità dell'ente e decisa la sua condanna in coerenza con il carattere definitivo della confisca. Nella precedente edizione si era proposta una interpretazione correttiva che ipotizzava la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

possibilità di disporre il sequestro preventivo del profitto (art. 53) vincolandone la disponibilità da parte dell'ente così da consentirne la confisca per il caso in cui, in esito al giudizio, si pervenga al completo accertamento della sua responsabilità. La soluzione che si era suggerita — condivisa anche da altra dottrina (FIDELBO-SILVESTRI) — si presta a riflessioni diverse. Non si può trascurare, infatti, che la confisca assume qui natura di sanzione "sostitutiva" al pari del provvedimento di nomina del commissario giudiziale; anziché in funzione punitiva (art. 9) essa è prevista allo scopo di evitare che l'ente si avvantaggi del risultato economico derivante da una attività la cui persecuzione gli è consentita solamente a tutela di terzi (RELAZIONE; Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.). L'oggetto sui cui cade non coincide, pertanto, con il prezzo o il profitto del reato cui allude la confisca sanzione di cui all'art. 19 e rende non praticabile il sequestro preventivo, preordinato proprio a garantire la sua futura esecuzione anticipandone gli effetti.

13. Le vicende modificative: la sospensione della misura.

Le cautele interdittive applicate all'ente possono essere interessate da situazioni che provocano la loro modificazione. Si tratta, come si vedrà, dei casi di sostituzione della misura e di modifica delle sue modalità applicative o della stessa durata indicata dal giudice (art. 50 comma 2), istituti mutuati dalla disciplina dettata per l'imputato (art. 299 c.p.p.) ai quali la procedura cautelare delineata per l'ente affianca un meccanismo inedito che si sostanzia nella sospensione della misura in corso di esecuzione e la cui attivazione è rimessa alla scelta esclusiva dell'ente: stabilisce la disposizione dell'art. 49 che la misura interdittiva può essere sospesa se l'ente chiede di realizzare le condotte riparatorie di cui all'art. 17.

L'istituto della sospensione svolge una evidente funzione incentivante e ha una chiara natura premiale. Le cautele interdittive determinano rilevanti ripercussioni negative sulla vita dell'ente (RELAZIONE): prospettargli la possibilità di evitare questo effetto significa, infatti, invogliarlo agli adempimenti prescritti dall'art. 17; la loro realizzazione, d'altro canto, viene ricompensata con la revoca della cautela (art. 50 comma 1) che fa seguito alla sospensione delle interdizioni disposte con la misura stessa. La sua finalità, in ultima analisi, è quella di favorire il recupero dell'ente alla legalità e, da questo punto di vista, l'istituto della sospensione risponde agli scopi di prevenzione speciale perseguiti dalla complessiva normativa del d.lgs. n. 231 del 2001. A questo obiettivo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sono preordinate le prescrizioni di cui all'art. 17 per le quali si richiede, infatti:

— che l'ente abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero che si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso (comma 1 lett. *a*);

— che l'ente abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (comma 1 lett. *b*);

— che l'ente abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (comma 1 lett. *c*).

Se tali prescrizioni sono ottemperate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, valgono a ridurre la sanzione pecuniaria (art. 12) e persino a evitare l'applicazione di quelle interdittive (art. 17); se adempiute successivamente, comportano la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria (art. 78). Mediante la previsione dell' art. 49, le condotte riparatorie penetrano anche nella sede cautelare prospettando all'ente un duplice effetto positivo: sia sottrarsi nell'immediato alle interdizioni cautelari sia guadagnare in seguito la revoca della misura applicata (art. 50 comma 1). Ci si trova al cospetto di un'anomalia analoga a quella già riscontrata a proposito della finalizzazione delle misure interdittive a evitare, in via esclusiva, il rischio di reiterazione dell'illecito. Anche in questo caso la scelta legislativa confligge con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 Cost., — principio che, giova ricordare, impedisce che l'imputato sia trattato alla stregua di un colpevole — e mette in crisi l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.). L'istituto della sospensione, si è già osservato, incentiva l'ente ad attuare condotte di riparazione delle conseguenze del reato e a rimuovere le carenze organizzative che lo hanno determinato, prima che il reato stesso sia stato accertato sia pure con sentenza non definitiva: in sostanza, l'ente sottoposto a misura interdittiva è sollecitato a rimediare alle cause dell'illecito come se la sua responsabilità fosse già stata accertata.

Come è intuibile, ciò può comportare anche un rilevante condizionamento delle sue scelte difensive: l'esigenza di sottrarsi al vincolo cautelare e l'aspettativa che in esito al processo gli sia risparmiata la sanzione interdittiva sono in grado di costringere l'ente a intraprendere interventi riparativi, assecondando di fatto la prospettazione accusatoria. Chiarezza sul punto è stata fatta dalla Corte di cassazione interve-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nuta a Sezioni unite (Cass., sez. un., 14 novembre 2018, R. Gestioni s.p.a.) a proposito dell'interesse della *societas* a impugnare l'ordinanza cautelare nonostante la sua revoca (sopravvenuta nelle more dell'appello), provocata proprio dal compiuto adempimento delle condotte *ex* art. 17. Stando a questa pronuncia, l'istituto della sospensione (art. 49) va letto in stretta connessione con il contraddittorio preventivo. Si è già segnalato che l'interlocuzione tra ente e organo giudicante, mediata dal contraddittorio preventivo, si sostanzia in una « tutela rafforzata » del contraddittorio (v. *supra*, § 9). Nella particolare dinamica cautelare configurata per l'ente, anche al meccanismo delineato per la sospensione (art. 49 e art. 50) va riconosciuta una funzione di garanzia: hanno precisato le Sezioni unite, che esso mira in particolare a « contemperare la soddisfazione delle esigenze cautelari con le rilevanti ricadute, sul piano economico-imprenditoriale ed occupazionale che derivano dalla applicazione anche temporanea delle misure interdittive, incidenti sulle capacità economiche di società inserite nel contesto produttivo ».

In un simile scenario, risulta evidente che la disponibilità dell'ente a realizzare condotte riparatorie può maturare dalla sua « primaria esigenza di scongiurare l'applicazione di misure interdittive, implicanti la stasi del ciclo produttivo e la paralisi dell'attività economica » (Cass., sez. un., 14 novembre 2018, R. Gestioni s.p.a.), ma senza che ciò significhi rinuncia a contestare la fondatezza della iniziativa cautelare proponendo appello. L'impugnativa dell'ordinanza cautelare soddisfa, infatti, il suo interesse alla verifica di fondatezza del provvedimento restrittivo e tale interesse persiste anche una volta intervenuta la relativa revoca per la compiuta attuazione delle condotte *ex* art. 17. Ove l'interdizione cautelare sia ritenuta illegittima, viene meno la ragione giustificativa di quanto adempiuto dall'ente (risarcimento del danno, messa a disposizione del profitto): gli spetta, pertanto, la restituzione delle somme conferite nonché di quella depositata a titolo di cauzione, prestazione alla quale, come si chiarirà a breve, è subordinata la sospensione della misura interdittiva.

Sul piano procedurale, queste sono le previsioni sancite. La legittimazione alla richiesta di sospendere la misura spetta all'ente nella persona del suo rappresentante legale e perciò previa costituzione *ex* art. 39; in virtù della norma di raccordo di cui all'art. 34, analoga legittimazione, anche in assenza di costituzione, dovrebbe spettare al suo difensore di fiducia (art. 96 c.p.p.), titolare degli stessi diritti e poteri quando si tratti di atto non riservato al suo assistito, come quello in questione (art. 99 c.p.p.). Tuttavia, secondo quanto si è già precisato

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(v. cap. XIV, § 5), le Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni.) hanno, da un lato, riconosciuto come necessario l'atto formale di costituzione a far conto della notificazione della informazione di garanzia (art. 57) e, dall'altro, limitato al difensore ivi nominato l'esercizio delle tutele difensive; a queste, si è affermato, per l'ente non costituito può provvedere solamente il difensore nominato di ufficio. Tale soluzione interpretativa opera anche nella situazione in esame: la titolarità della richiesta di sospensione in capo al difensore di fiducia, pertanto, dipende dalla scelta dell'ente di costituirsi in vista della partecipazione alla udienza camerale, sede per la decisione circa l'applicazione della misura cautelare subentrando, in caso contrario, la legittimazione del difensore d'ufficio. Competente a decidere è il giudice che abbia applicato la cautela interdittiva.

La richiesta presuppone che la misura sia già stata disposta poiché finalizzata a sospenderla, ma ciò non impedisce che sia formulata nel corso dell'udienza nella quale il giudice decide sulla sua applicazione. In questo caso, se la richiesta è valutata positivamente, il giudice può applicare la misura e contestualmente disporne la sospensione. Non è stabilito un termine ultimo per la richiesta e ciò a differenza di quanto prescritto dagli artt. 12 comma 2 e 17 al fine, rispettivamente, di ridurre la sanzione pecuniaria e di evitare l'irrogazione di sanzioni interdittive: fino a che la misura cautelare è in corso di esecuzione, l'ente ha interesse a chiederne la sospensione. È naturale che se la richiesta è avanzata nel termine previsto dagli artt. 12 comma 2 e 17 (prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado), l'ente si avvantaggerà di una duplice conseguenza: anzitutto, della sospensione della misura cautelare e, in secondo luogo, ove le condotte siano state effettivamente realizzate, della riduzione della sanzione pecuniaria e dell'esonero dalla applicazione delle sanzioni interdittive in esito al giudizio, ma va osservato che la valutazione positiva del giudice cautelare non vincola né condiziona il successivo apprezzamento del giudice del giudizio.

La richiesta deve indicare gli obiettivi perseguiti, le condotte che si intendono attuare e le modalità della loro realizzazione, il piano finanziario predisposto al riguardo e l'eventuale documentazione della situazione economica dell'ente (FIDELBO): questi contenuti non sono in realtà previsti dalla norma dell'art. 49, ma si devono ritenere necessari sia perché idonei a dimostrare la serietà della richiesta dell'ente così da impedire iniziative meramente dilatorie (Trib. Milano 28 ottobre 2004) sia perché idonei a evitare una discrezionalità illimitata del giudice.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Questi decide sulla richiesta dopo aver sentito il pubblico ministero e se la accoglie, oltre a disporre la sospensione della misura e a indicare il termine per la realizzazione delle condotte riparatorie, impone all'ente la prestazione di precise garanzie: in particolare, una obbligazione pecuniaria a titolo di cauzione, dell'importo minimo prefissato dal legislatore (metà della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito per cui si procede) e da depositare presso la Cassa delle ammende; in alternativa a questa, si ammette una ipoteca o fideiussione solidale.

Scaduto il termine assegnato, il giudice è chiamato a valutare gli adempimenti attuati dall'ente e decide con ordinanza, appellabile a norma dell'art. 52 poiché si tratta di provvedimento in materia cautelare. Se le condotte riparatorie alle quali l'ente si è impegnato al momento della richiesta sono state realizzate, il giudice dispone la revoca della misura cautelare. Il rinvio testuale e ripetuto all'art. 17 (art. 49 comma 1 e comma 4), norma che indica comportamenti "concorrenti", induce a ritenere necessario che l'ente integri tutte le condizioni ivi stabilite; non è sufficiente, in sostanza, che l'ente abbia semplicemente adottato e attuato i modelli organizzativi senza provvedere agli ulteriori adempimenti prescritti dalla norma dell'art. 17 (Cass. 29 novembre 2019, n. 8785; Id. 2 febbraio 2012, n. 6248). Il giudice ordina, inoltre, la restituzione all'ente della somma depositata a titolo di cauzione o, se prestata una garanzia mediante ipoteca, la sua cancellazione; quella prestata con fideiussione solidale si estingue. Nel caso di inadempimento, viene ripristinata la misura temporaneamente sospesa senza necessità di una nuova iniziativa cautelare del pubblico ministero. Dal momento della decisione riprende l'esecuzione la misura con durata uguale a quella stabilita in origine, ma detratto il periodo cautelare già subito dall'ente prima della richiesta di sospensione. La somma depositata o per la quale è stata data garanzia dall'ente è devoluta alla Cassa delle ammende.

La norma dell'art. 49 comma 3 riferisce la situazione di inadempimento alla mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attività riparatorie nel termine fissato al momento della sospensione della misura. Mancano disposizioni per l'ipotesi generale di inadempimento dovuto *a cause non imputabili all'ente* e per quelle particolari di *adempimento parziale*, vale a dire incompleto, e di *adempimento tardivo*, cioè oltre il termine fissato dal giudice. A proposito dell'ipotesi generale si deve ammettere che il giudice possa disporre una proroga del termine concedendo altro tempo per l'attuazione delle condotte di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

riparazione (Cass., 9 febbraio 2017, n. 25761; Trib. Milano, 28 ottobre 2004, cit.; BRICCHETTI; FIDELBO): il ripristino della misura sospesa è conseguenza eccessiva a fronte di un inadempimento non addebitabile all'ente.

Quanto ai casi di adempimento incompleto e di adempimento tardivo, il ripristino della misura è inevitabile proprio per il fatto che la sospensione è concessa in vista della attuazione di tutte le condotte prescritte dall'art. 17: se questo obiettivo non è stato realizzato, non è stata soddisfatta nemmeno la finalità di prevenzione speciale propria dell'istituto. Tuttavia, non si può escludere che quanto attuato dall'ente sia valutato positivamente e possa portare egualmente alla revoca della misura sospesa. Ciò può verificarsi quando l'ente si sia limitato ad una ristrutturazione interna adottando e attuando i modelli organizzativi e questi siano considerati idonei a prevenire reati della specie di quello per cui si procede (art. 17 comma 1 lett. *b*): in presenza di questa situazione, viene comunque meno il pericolo cautelare per cui è stata applicata la cautela e il giudice ne dispone la revoca (art. 50 comma 1) (Cass. 9 febbraio 2017, n. 25761, cit.) (v., *infra*, § 15).

14. (*Segue*): la sostituzione della misura e la modifica delle sue modalità applicative o del termine di durata.

Variazioni, ulteriori rispetto alla sospensione della misura cautelare, appena illustrata, possono derivare dalla sua sostituzione o dalla modifica sia delle modalità applicative sia della durata stabilite originariamente. La sostituzione e la modifica sono istituti in diretta correlazione con il variare della situazione relativa alla adeguatezza e alla proporzionalità della misura, parametri adottati dal giudice al momento della sua applicazione. Infatti, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura non appare più proporzionata alla entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere applicata in esito al giudizio, si ammette la sua sostituzione con una misura meno grave o la sua applicazione con modalità meno gravose anche stabilendo una minore durata (sostituzione/modifica *in melius*) (art. 50 comma 2).

La competenza spetta al giudice secondo le regole generali fissate dall'art. 47 comma 1, su iniziativa del pubblico ministero o dell'ente, mediante il suo rappresentante legale, o del suo difensore. Non sono dettate regole specifiche circa il procedimento da seguire né è prevista l'ipotesi, speculare, di modificazione *in peius* per l'aggravamento delle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

esigenze cautelari. Le lacune vanno superate facendo riferimento alla disciplina codicistica corrispondente, in virtù della norma di collegamento dell'art. 34 e previa la consueta verifica di sua compatibilità con quella prevista per l'ente. Quanto al procedimento, sono senz'altro applicabili la disposizione dell'art. 299 comma 3-*bis* c.p.p. che impone l'obbligo di sentire il pubblico ministero e quella del relativo comma 3-*ter*, che regola l'interrogatorio dell'interessato: anche se questo è obbligatorio solamente nel caso di espressa richiesta e di sostituzione basata su elementi nuovi, l'effetto favorevole della decisione non rende la norma incompatibile con la procedura di cui all'art. 47 che prevede come necessario il contraddittorio preventivo dell'ente. Ambedue le previsioni codicistiche permettono al giudice di acquisire elementi utili alla sua valutazione in vista della sostituzione o della modifica migliorativa della misura. A questo stesso scopo è finalizzata anche la previsione dell'art. 299 comma 4-*ter* c.p.p. applicabile con alcuni adattamenti: la norma stabilisce che il giudice può compiere accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato, ma è ovvio che gli accertamenti devono essere riferiti all'ente e riguardare le sue condizioni generali, ad es. il suo stato organizzativo.

L'ipotesi di aggravamento delle esigenze cautelari è contemplata dalla norma dell'art. 299 comma 4 c.p.p. che autorizza la modifica *in peius* della misura applicata, vale a dire la sua sostituzione con una più grave o l'applicazione di modalità più gravose, su richiesta del pubblico ministero. Una possibile riserva circa la sua operatività deriva dalla circostanza che la disciplina stabilita dell'art. 299 comma 4 c.p.p. per l'aggravamento della misura non prevede l'interrogatorio dell'interessato, mentre il contraddittorio preventivo con l'ente costituisce un elemento indispensabile ai fini della applicazione della cautela, applicazione cui è equiparabile il caso di sostituzione *in peius*. Tuttavia, anche questo fenomeno, così come quello della sostituzione/modifica *in melius* della misura, è connaturato al sistema delle cautele processuali, improntato al controllo permanente circa i presupposti applicativi della misura. D'altra parte, la stessa disciplina delineata per l'ente contempla una situazione specifica di possibile aggravamento delle esigenze cautelari: è il caso regolato dall'art. 23 che, tuttavia, si occupa del solo profilo sanzionatorio prevedendo la punizione dell'ente per inosservanza degli obblighi e dei divieti inerenti alla misura cui è sottoposto. Sono configurabili anche altre ipotesi nelle quali l'interdizione applicata può risultare inadeguata e richiedere una sua sostitu-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione o modifica peggiorativa: ad es. quando siano peggiorate le carenze organizzative dell'ente o quando dalle indagini emergano ulteriori illeciti (FIDELBO). La soluzione preferibile è quella di escludere l'incompatibilità di questa disciplina a condizione che il giudice adotti la decisione una volta sentito l'ente, e ciò sulla scia di taluna giurisprudenza (Cass. 11 giugno 2007, n. 26681) che ritiene obbligatorio l'interrogatorio di "garanzia" dell'imputato (art. 294 c.p.p.), adempimento questo naturalmente successivo alla sostituzione/modifica *in peius* della misura coercitiva secondo le regole del codice di rito.

15. Le ipotesi di estinzione: la revoca.

La revoca costituisce una ipotesi di estinzione, dovuta al realizzarsi di due diversi e autonomi presupposti, stabiliti dall'art. 50 comma 1.

Il primo si collega al principio del controllo permanente sulla presenza e persistenza dei presupposti cautelari — operante, come già detto, anche per le due situazioni di sostituzione e modifica della misura, illustrate nel paragrafo precedente (art. 50 comma 2) — e si traduce nel venir meno delle condizioni previste per l'applicazione della misura (art. 45). Il riferimento è a tutte le condizioni di applicabilità e quindi al presupposto oggettivo (implicito) di cui all'art. 13, ai gravi indizi per ritenere la responsabilità dell'ente e alla esigenza di evitare che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede.

In ultima analisi, la revoca deve essere disposta quando risulta che per l'illecito addebitato all'ente non è consentita l'applicazione di una sanzione interdittiva (perché non prevista per l'illecito o perché non integrate le condizioni di cui all'art. 13), gli elementi indiziari accertati non raggiungono la consistenza stabilita dalla legge, la prognosi circa il pericolo cautelare si rivela infondata. Ciò può accadere per il sopravvenire di fatti che impongono una diversa e più favorevole valutazione della situazione accertata al momento della applicazione della misura: ad esempio, l'acquisizione di dati probatori connessa allo sviluppo del procedimento porta a una riqualificazione del reato-presupposto, esclude la sussistenza dell'interesse o vantaggio dell'ente (Trib. Milano, 28 aprile 2008), dimostra l'idoneità del modello organizzativo dell'ente alla prevenzione del rischio di reato; altresì, quando sia considerato idoneo quello adottato successivamente alla applicazione della misura e ancora e comunque in presenza di fatti sopravvenuti — anche diversi

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dalla attuazione di una efficace riorganizzazione dell'ente — da cui è neutralizzato il rischio di recidiva (Cass. 18 novembre 2014, n. 18635).

Anche una nuova valutazione dei medesimi elementi accertati al momento della applicazione della misura può dimostrare che la cautela non è più giustificata e determinarne la revoca: è quanto si ricava dalla formulazione letterale dell'art. 50 comma 1 che appunto prevede che le misure cautelari sono revocate quando le condizioni di applicabilità risultano mancanti *anche* — e quindi *non solamente* — per fatti sopravvenuti. In entrambi i casi — per fatti sopravvenuti o per un mutamento della valutazione originaria — la revoca dipende dall'apprezzamento discrezionale del giudice circa la persistenza delle condizioni di applicabilità della misura.

Il secondo presupposto stabilito per la revoca attiene al caso in cui « ricorrono le ipotesi previste dall'art. 17 » (art. 50 comma 1) e si riallaccia alla finalità di prevenzione speciale, obiettivo perseguito dalla intera disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001. Si tratta del caso in cui l'ente, sottoposto alla cautela interdittiva, abbia attuato (tutte: Cass. 22 giugno 2016, n. 27760; Id. 2 febbraio 2012, n. 6248, cit.) le condotte riparatorie indicate dall'art. 17: questa disposizione, come osservato più volte, mira al recupero alla legalità dell'ente in coerenza con la finalità, appunto di prevenzione speciale, che caratterizza il sistema processuale *de societate*. Ciò non impedisce di censurare quella giurisprudenza che pretende, ai fini del risarcimento del danno, la consegna diretta della relativa somma alla persona offesa, previa sua individuazione, oltre a quella di eventuali danneggiati (Cass. 28 novembre 2013, n. 326), operazione non agevole e, ben vedere, impropria nella sede cautelare.

Ai citati adempimenti sono connesse le conseguenze favorevoli già illustrate (v., *supra*, § 13) alle quali si aggiunge quella di provocare la revoca della misura cautelare applicata. La norma che la regola ha operatività autonoma rispetto a quella dell'art. 49: in sostanza la revoca è disposta per il fatto che l'ente ha adempiuto alle condizioni indicate dall'art. 17 e, quindi, senza che questi abbia richiesto la sua sospensione *proprio allo scopo di* realizzare le condotte prescritte. Mentre la revoca motivata dal venire meno delle condizioni di applicabilità della misura si basa — come precisato — su un apprezzamento discrezionale del giudice, questa seconda ipotesi richiede una semplice verifica circa le condotte riparatorie integrate dall'ente, verifica che esclude la valutazione circa l'adeguatezza e la proporzionalità della cautela applicata: l'accertamento del giudice attiene, invece, alla corrispondenza dei comportamenti dell'ente a quelli prescritti dall'art. 17.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'iniziativa per la revoca è riconosciuta, oltre che al pubblico ministero e all'ente, espressamente anche al giudice che può disporla d'ufficio. Anche a questo riguardo, la soluzione interpretativa formulata dalle Sezioni unite della Cassazione (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni; v., *supra*, § 13) impone oramai di condizionare la legittimazione dell'ente — mediante il suo legale rappresentante — alla richiesta di revoca nonché quella del difensore di fiducia alla avvenuta costituzione formale (art. 39) e, in mancanza, di riconoscerla in capo al difensore nominato d'ufficio.

La competenza si ricava dalle regole generali stabilite dall'art. 47; nessuna disposizione è stata dettata per il procedimento applicativo e anche con riguardo a questo istituto — così come per la sospensione e la modifica migliorativa o *in peius* — è necessario fare riferimento alla disciplina codicistica corrispondente mediante il rinvio *ex* art. 34 e sempre una volta verificata la sua compatibilità. Poiché, nella sede del codice di rito la disciplina che dispone circa la revoca delle misure cautelari applicate all'imputato è la medesima prevista per la loro sostituzione (art. 299 c.p.p.) si può richiamare quanto già osservato proprio per l'istituto della sostituzione delle misure interdittive applicate all'ente (v., *supra*, § 14): ai fini della revoca operano le disposizioni dell'art. 299 c.p.p. che si sono considerate compatibili con il regime cautelare definito per l'ente. Tra queste, quella del comma 3-*ter* dell'art. 299 c.p.p.: anche se l'interrogatorio non è qui prescritto come obbligo del giudice prima della decisione, la revoca, analogamente alla sostituzione *in melius* della misura, va a favore dell'ente e ciò rende la disposizione non incompatibile con la procedura di cui all'art. 47 che prevede — lo si è ribadito in più occasioni — come necessario il contraddittorio preventivo dell'ente.

16. (*Segue*): il decorso del termine di durata.

Il decorso del termine di durata costituisce una ulteriore ipotesi di estinzione delle misure interdittive: queste hanno un'efficacia temporale limitata, in coerenza con la natura provvisoria dell'intervento cautelare. In proposito, vale la pena rammentare che la durata della cautela nel caso concreto è determinata dal giudice al momento della sua applicazione e, in ottemperanza a quanto stabilito dall'art. 51 comma 1, deve essere indicata nell'ordinanza cautelare di cui rappresenta un requisito; inoltre, la data della sua notificazione all'ente fissa il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

momento di inizio della decorrenza del termine, scaduto il quale, la misura si estingue.

Prima di scendere nel dettaglio della sua illustrazione, è necessario precisare che la disciplina della durata massima delle cautele interdittive (art. 51) è stata fatto oggetto di modifica in occasione di un intervento di riforma relativo alle ipotesi di reati-presupposto di cui all'art. 25 (l. 9 gennaio 2019 n. 3 meglio conosciuta come "legge spazzacorrotti"). Si è inciso, in particolare, sul corrispondente trattamento punitivo (v., *supra*, cap. XI, § 6) prevedendo, fra l'altro, un rilevante innalzamento, sia nel minimo che nel massimo, delle sanzioni interdittive applicabili alle fattispecie, tra quelle ivi annoverate, ritenute di maggiore gravità (art. 25 comma 5). Si tratta dell'unica situazione nella quale l'entità di tali sanzioni supera il limite massimo (non superiore a due anni) stabilito con riguardo a tutte le sanzioni interdittive dall'originario art. 13 comma 2 che, per esigenze di coordinamento, è stato a sua volta modificato: nella attuale versione contempla infatti una specifica deroga cha appunto fa salvo « quanto previsto dall'art. 25 comma 5 ».

Una variazione ha investito anche l'art. 51: questo, nella originaria disposizione, commisurava la durata massima delle interdizioni cautelari in proporzione a quella — massima — stabilita in generale dall'art. 13 per le corrispondenti sanzioni e la durata era assunta a referente (rispettivamente, « la metà del termine massimo indicato dall'art. 13 comma 2 » *ex* art. 51 comma 1/ « i due terzi del termine massimo indicato dall'art. 13 comma 2 » *ex* art. 51 comma 2). La nuova formulazione dell'art. 51 comma 1 stabilisce ora un limite invalicabile *fisso* per le misure cautelari, ancora diversificato come si specificherà tra breve, ma autonomo da quello sancito per le sanzioni interdittive (art. 13 comma 2). La modifica apportata non può dirsi formale: poiché recide il legame tra cautele e sanzioni interdittive evita che, nell'ambito dei procedimenti relativi alle ipotesi di reati-presupposto *ex* art. 25 comma 5, sia consentito un tempo di soggezione alle misure interdittive parametrato sul più severo trattamento ammesso per le sanzioni, ma certamente non compatibile con la natura e il fondamento dell'intervento cautelare.

Ciò premesso, va osservato che la specifica regolamentazione dei termini di durata massima delle cautele interdittive che il legislatore ha previsto per l'ente si differenzia in modo significativo da quella sancita dal codice di rito in relazione alle misure cautelari (coercitive e interdittive) destinate all'imputato. La disciplina, racchiusa nell'art. 51

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

come modificato dalla l. n. 3 del 2019, detta tre regole, tra loro combinate:

1) *la durata della misura cautelare non può superare un anno*; con questa prescrizione si intende stabilire che spetta al giudice, al momento della applicazione della misura, determinare discrezionalmente la sua durata che comunque non può eccedere la soglia massima indicata in un anno; la regola — da leggersi in correlazione con quella *sub* 2) — è riferita al caso di decisione antecedente alla condanna in primo grado, vale a dire alla sequenza procedimentale comprensiva della fase delle indagini e dell'udienza preliminare;

2) *dopo la sentenza di condanna di primo grado, la misura cautelare può avere la stessa durata della corrispondente sanzione applicata con la sentenza*: in sostanza, la durata della misura cautelare, che sia applicata dopo accertata la responsabilità dell'ente con la condanna in esito al giudizio di primo grado, può essere determinata in misura superiore alla soglia massima di un anno;

3) *in ogni caso la durata della misura cautelare non può superare un anno e quattro mesi* : questa regola integra la precedente e va interpretata nel senso che, anche dopo la sentenza di condanna di primo grado, la durata della misura cautelare se può certamente superare la soglia massima di un anno deve, in ogni caso, essere contenuta nei sedici mesi.

Si può notare che il termine di durata è fissato a prescindere sia dal tipo di misura applicata sia dalla fattispecie del reato-presupposto per cui si procede. Da rilevare, inoltre, che non sono previsti termini differenziati in relazione allo sviluppo del procedimento in stati e gradi né quelli stabiliti dall'art. 303 c.p.p. possono conciliarsi con le esplicite scelte del legislatore del d.lgs. n. 231 del 2001: l'unica situazione alla quale è collegata una variazione del tempo di durata massima della misura è riferita alla sentenza di condanna di primo grado, a significare che si deve distinguere tra la scansione processuale ad essa antecedente e quella ad essa successiva. *Prima* della sentenza di primo grado, la durata della misura deve essere rapportata a quella prevista in misura fissa dal legislatore (art. 51 comma 1); *dopo* la sentenza (di condanna) di primo grado, la durata della misura è commisurata a quella della sanzione *concretamente* applicata (art. 51 comma 2 primo periodo).

Come si vede, la norma dell'art. 51 si ispira a quella dell'art. 303 c.p.p. che indica i diversi criteri di commisurazione dei termini "intermedi" di durata della custodia cautelare in carcere: quello della entità della pena edittale normativamente stabilita, prima della condanna di primo grado e, successivamente, quello della entità della pena deter-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

minata in sentenza. Essa si limita a sancire che, anche nel contesto cautelare *de societate*, in relazione a questi due diversi momenti operano i due differenti parametri indicati; la loro previsione altro non è che un riflesso del criterio di proporzionalità tra sanzione interdittiva e cautela (art. 46 comma 2). Per questa ragione non si può accogliere la tesi di chi (PIZIALI) afferma che essa autorizza il giudice ad adattare — con una modifica *in peius,* consentita, nondimeno, nei casi *tassativi* di cui all'art. 50 — la durata stabilita nella originaria ordinanza cautelare a quella stabilita nella sentenza di condanna.

Va menzionata da ultimo la norma di chiusura di questo regime: si prevede che la durata delle misure cautelari è computata nella durata delle sanzioni applicate in via definitiva (art. 51 comma 4). La norma replica il principio di fungibilità della custodia cautelare in carcere con la pena detentiva di cui all'art. 285 comma 3 c.p.p. ma lo riferisce *tout court* a misure interdittive e corrispondenti sanzioni, ancora una volta rendendo esplicita la loro contiguità.

17. (*Segue*): la pronuncia di determinati provvedimenti.

La sorte delle misure cautelari è strettamente legata a quella del procedimento nel cui ambito siano state applicate: si spiega così perché la loro cessazione può derivare della pronuncia di provvedimenti che sanciscono la "chiusura" del procedimento.

Si è in presenza, anche in questo caso, di una ipotesi di estinzione delle misure che si affianca a quelle della revoca e del decorso del termine di loro durata, nondimeno il suo *modus operandi* l'avvicina a questa seconda fattispecie estintiva e la differenzia dalla revoca. Come si è precisato nei precedenti paragrafi, la revoca implica una valutazione del giudice circa l'avvenuta integrazione dei relativi presupposti; scadenza del termine di durata della misura e pronuncia dei provvedimenti dei quali si dirà tra breve operano con assoluto automatismo: in questi casi si prescinde da un apprezzamento discrezionale del giudice al quale si richiede semplicemente di prendere atto della situazione estintiva verificatasi.

Nella ipotesi in esame rientrano, anzitutto, i provvedimenti che definiscono il procedimento in senso "favorevole" all'ente. Sono quelli indicati dall'art. 68 secondo il quale l'estinzione della misura è dichiarata dal giudice quando pronuncia sia la sentenza che esclude la responsabilità dell'ente (art. 66) sia la sentenza di non doversi procedere (art. 67). Questa ultima specie di sentenza concerne il caso in cui

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la sanzione è estinta per prescrizione e quello della decadenza dalla contestazione (art. 60), dovuta alla prescrizione del reato-presupposto. In presenza di un reato *già estinto* per prescrizione, infatti, al pubblico ministero è impedito procedere a carico dell'ente contestandogli l'illecito dipendente: ove si sia egualmente determinato in tal senso, spetta al giudice chiudere il procedimento pronunciando la sentenza di non doversi procedere con correlativa dichiarazione di cessazione della misura eventualmente applicata all'ente.

A parte sta l'ipotesi in cui l'estinzione del reato-presupposto sopravvenga mentre è in corso il procedimento e, quindi, si verifichi successivamente alla regolare contestazione dell'illecito all'ente. In proposito occorre distinguere tra le diverse cause estintive del reato e, in particolare, tra l'amnistia e le altre cause, quali ad esempio il decorso del termine di prescrizione o la morte del reo. Le cause di estinzione del reato diverse dall'amnistia, come si sa, lasciano sussistere la responsabilità dell'ente (art. 8 comma 1 lett. *b*) e pertanto la sentenza di non doversi procedere che le dichiari non ha alcuna incidenza sulle misure cautelari applicate, cioè a dire non ne determina la cessazione; il contrario accade quando la causa estintiva che investe il reato-presupposto sia l'amnistia la quale provoca il venir meno della responsabilità dell'ente a meno di rinuncia da parte dell'ente stesso; più in particolare, da un lato, ove (anche solamente) l'imputato abbia rinunciato alla sua applicazione, si determina comunque l'improcedibilità nei confronti dell'ente (art. 8 comma 2) con conseguente pronuncia della sentenza di non doversi procedere e necessaria cessazione della misura interdittiva; dall'altro lato, ove l'ente rinunci alla amnistia (art. 8 comma 3), la sua scelta dà luogo all'accertamento dell'illecito nel cui ambito la misura può cessare solamente per effetto delle altre ipotesi di sua estinzione già descritte.

La sentenza di non doversi procedere, peraltro, è il provvedimento che il giudice deve adottare nei casi di improcedibilità e di non proseguibilità dell'azione penale nei confronti dell'autore del reato-presupposto (art. 37): anche questi, poiché non sanciscono la responsabilità dell'ente, comportano la caducazione della cautela applicata.

Tutte le pronunce indicate rendono ingiustificata la misura cautelare poiché fanno venire meno quella prognosi di elevata probabilità di colpevolezza dell'ente — in sostanza i « gravi indizi » di cui all'art. 45 comma 1 — che è presupposto per la sua applicazione. Tenendo presente questa *ratio*, si deve ritenere che pure il provvedimento di archiviazione (adottato dal pubblico ministero: art. 58) e la sentenza di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

non luogo a procedere pronunciata in esito all'udienza preliminare integrano fattispecie estintive delle misure cautelari applicate.

Risponde a un diverso principio l'ipotesi di cessazione della misura per effetto della sentenza di condanna: l'estinzione si verifica nonostante sia stata accertata la responsabilità dell'ente, ma solamente quando la durata della misura già eseguita sia non inferiore a quella della sanzione irrogata (PERONI) e ciò in applicazione del criterio di proporzionalità (art. 46 comma 2) così come del resto stabilito dall'art. 300 comma 4 c.p.p.

18. Le impugnazioni: l'appello.

Appello e ricorso per cassazione esauriscono i mezzi di impugnazione esperibili nei confronti dei provvedimenti cautelari adottati in tema di misure interdittive (art. 52): è esclusa, infatti, la praticabilità del riesame avverso l'ordinanza applicativa. La soluzione legislativa si riallaccia alla particolare procedura cautelare, già illustrata, che contempla il contraddittorio preventivo con l'ente e la completa *discovery* degli elementi a sostegno della richiesta del pubblico ministero, messi a sua disposizione con il loro deposito prima della decisione del giudice. Questo corredo di garanzie tutela in via anticipata le esigenze difensive dell'ente e correttamente rende superflua una impugnazione totalmente devolutiva, quale il riesame, che, appunto, consente al giudice un controllo a tutto campo, a prescindere dai motivi formulati dall'interessato.

La valutazione sul merito della decisione cautelare può, quindi, essere attivata mediante la proposizione dell'appello con necessaria indicazione contestuale dei motivi posti a fondamento, dai quali è delimitata la cognizione del giudice. Suo requisito imprescindibile, e perciò richiesto a pena di inammissibilità (artt. 568 comma 4 e 591 comma 1 lett. *a* c.p.p.), è l'interesse alla impugnazione che, come si ricorderà (v., *supra*, § 13), la giurisprudenza non ha escluso sia ravvisabile anche nel caso in cui, nelle more dell'appello, la misura interdittiva sospesa *ex* art. 49 sia revocata per l'avvenuto adempimento delle condotte riparatorie (art. 50 comma 1). Nell'occasione, sempre la citata giurisprudenza ha precisato, inoltre, che una volta verificata la illegittimità della misura interdittiva, proprio la valutazione circa la sussistenza dell'interesse dell'ente a rimuovere le conseguenze implicate dalla procedura di sospensione, da un lato preclude che si faccia luogo a una declaratoria di inammissibilità *de plano* a norma dell'art. 127

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

comma 9 c.p.p. e, dall'altro, impone una trattazione nel merito con il contraddittorio tra le parti (Cass., sez. un., 27 settembre 2018, R. Gestioni s.p.a.).

L'ambito applicativo dell'appello è riferito a tutti i provvedimenti in materia di misure interdittive e comprende, pertanto, ogni ordinanza che applica (art. 45 comma 2), sospende (art. 49 comma 1), revoca (art. 50 comma 1), sostituisce (art. 50 comma 2), dichiara la cessazione per decorrenza del termine di durata (art. 51) delle cautele e, naturalmente, quelle di rigetto delle richieste avanzate da ente e pubblico ministero; include, inoltre, le ordinanze adottate in esito alla procedura di sospensione disposta in vista degli adempimenti di cui all'art. 17 e in sede di verifica della loro esecuzione da parte dell'ente.

Legittimati a presentare appello sono il pubblico ministero e l'ente « per mezzo del suo difensore » secondo quanto testualmente dispone l'art. 52 comma 1: la sua formulazione letterale lascia intendere che all'ente non è attribuito un potere di impugnazione autonomo, ma appunto esercitabile tramite il suo difensore; del tutto coerentemente si era esclusa la necessità della previa costituzione *ex* art. 39 ben potendo trattarsi del difensore nominato a norma dell'art. 96 c.p.p. al quale spetta il diritto di compiere atti non personali, non riservati cioè al suo assistito (Cass. 23 novembre 2007, n. 15689). La situazione è mutata per effetto dell'intervento, più volte citato, delle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni) (v., *supra*, cap. XIV, § 5): la particolare interpretazione fornita circoscrive la legittimazione al solo difensore nominato nell'atto di formale costituzione (art. 39), diventato un vero e proprio onere per l'ente che intenda avvalersi della difesa fiduciaria; da ricordare che, ove l'ente non si sia costituito, resta comunque ferma la titolarità in capo al difensore nominato d'ufficio. Nel caso in esame, è ipotizzabile che l'ente abbia provveduto a costituirsi in vista della udienza camerale destinata al contraddittorio preventivo e al difensore indicato spetta, quindi, la legittimazione all'appello. Se la rapidità imposta dai tempi della procedura cautelare abbia impedito la costituzione dell'ente o, anche, se lo stesso abbia optato per non costituirsi, la sua assistenza sarà stata demandata al difensore d'ufficio, titolare del potere di impugnazione.

Il procedimento di appello è regolato con richiamo alle norme dettate dal codice di rito per le misure cautelari reali ivi contemplate (sequestro preventivo e sequestro conservativo) (art. 322-*bis* commi 1-*bis* e 2 c.p.p.), ma poiché queste a loro volta rinviano alle norme stabilite per le misure cautelari personali (art. 310 che rinvia all'art. 309

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

commi 1, 2, 3, 4 e 7 c.p.p.) ne deriva un *mix* composto da entrambe le due discipline, soggette al vaglio di compatibilità (art. 34). Da esse si ricava altresì che il termine per la proposizione dell'appello, corredato dei relativi motivi pena l'inammissibilità dell'impugnativa, è di dieci giorni (art. 309 comma 1); nel caso di ordinanza adottata a seguito della udienza camerale fissata *ad hoc*, il termine decorre dalla sua notifica a norma dell'art. 127 comma 7 c.p.p., la cui applicazione meglio si attaglia alle caratteristiche della procedura di applicazione della misura (v., *supra*, § 11).

Sempre secondo la disciplina richiamata, la competenza sull'appello — che non ha effetto sospensivo dell'ordinanza cautelare — spetta al tribunale, in composizione collegiale, del capoluogo di provincia ove ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. L'autorità precedente ha l'obbligo di trasmettergli l'ordinanza appellata e gli atti sui quali si basa, entro il giorno successivo a quello in cui è avvisata della impugnativa; gli atti trasmessi restano depositati in cancelleria fino al giorno dell'udienza che si svolge in camera di consiglio *ex* art. 127 c.p.p. e al difensore è riconosciuto il diritto di esaminarli e di estrarne copia (art. 310 comma 2 c.p.p.).

La decisione del giudice deve intervenire entro venti giorni dalla ricezione degli atti, termine di natura ordinatoria (Cass. 26 febbraio 2007, n. 10500) a differenza di quanto prescritto per la procedura di riesame (art. 309 commi 5 e 7 c.p.p.). Sui tempi del suo deposito in cancelleria, ha inciso l. n. 47 del 2015, prescrivendo un termine di trenta giorni dalla deliberazione, salvo che la motivazione risulti di particolare complessità per il numero degli arresti o la gravità delle imputazioni, situazioni che autorizzano il giudice ad indicare nel dispositivo dell'ordinanza un termine più lungo, non eccedente comunque i quarantacinque giorni dalla decisione (art. 310 comma 2, ultimo periodo c.p.p.). L'interpolazione della norma, ispirata all'esigenza di imprimere rapidità in un ambito che investe valori costituzionali (art. 13 Cost.: libertà personale), si rivela certamente compatibile con il contesto cautelare per l'ente, in relazione al quale viene in gioco il valore, equivalente, della libertà di impresa (art. 41 Cost.); si richiede, piuttosto, un adattamento circa i parametri alternativi a disposizione del giudice non essendo pertinente alla persona giuridica quello relativo al numero degli arresti. Vale, comunque, la regola, stabilita per il riesame, secondo la quale la pronuncia che dispone una misura interdittiva vede sospesa la sua esecuzione fino a che la decisione stessa non diventi definitiva (art. 310 comma 3 c.p.p.).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

19. (*Segue*): il ricorso per cassazione.

Il ricorso per cassazione è l'impugnazione che pubblico ministero ed ente — sempre e solo « per mezzo del suo difensore » — possono proporre nei confronti delle ordinanze adottate dal giudice dell'appello: in questo senso va intesa la previsione dell'art. 52 comma 2 che, nel riferirsi al « provvedimento emesso a norma del comma 1 », esclude la possibilità di un ricorso immediato o *per saltum* (art. 569 c.p.p.), come confermato anche dalla giurisprudenza (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a., cit.; così, già Cass. 22 settembre 2004, n. 37985). Nondimeno, ove la parte legittimata lo abbia presentato erroneamente, il ricorso immediato si converte in appello in applicazione della norma generale dell'art. 568 comma 5 c.p.p. che tutela la *voluntas impugnationis* (Id. 22 settembre 2004, n. 37985).

Il controllo demandato alla Corte, come è noto, è limitato alla legittimità del provvedimento impugnato, ma, nel sistema stabilito per l'ente, è ulteriormente circoscritto alle *violazioni di legge* (art. 52 comma 2): il ricorso può riguardare solamente le inosservanze della legge penale sia sostanziale (art. 606 lett. *b* c.p.p.) sia processuale (art. 606 lett. *c* c.p.p.), con esclusione, quindi, di censure propriamente attinenti ai vizi della motivazione (art. 606 lett. *e* c.p.p.) (Cass. 28 settembre 2011, n. 43108; Id. 20 dicembre 2005, n. 3615). L'opzione legislativa risulta poco convincente e difficilmente condivisibile poiché trascura di considerare che, per la particolarità del *thema decidendum* e per la conseguente complessità dell'accertamento imposto al giudice cautelare, il controllo sulla motivazione (esistenza, non contraddittorietà e logicità) si rivela determinante. Da osservare, inoltre, che il limite (le sole violazioni di legge) non è previsto a proposito del ricorso per cassazione contro le sentenze che applicano le sanzioni interdittive: se si tiene presente che le cautele interdittive hanno la medesima carica afflittiva e per la loro finalità di prevenzione speciale addirittura si sovrappongono ad esse, la norma dell'art. 52 comma 2 risulta di dubbia legittimità costituzionale per contrasto con i principi di ragionevolezza (art. 3) e di inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.) (Paolozzi).

Anche il procedimento davanti alla Corte di cassazione è disciplinato con semplice rimando al codice di rito e, in particolare, alle disposizioni di cui all'art. 325 c.p.p., che a sua volta richiama quelle dell'art. 311 c.p.p. Non tutte, in realtà, sono compatibili con lo specifico regime di impugnazione stabilito per le misure interdittive: non può operare la norma (art. 325 comma 2 c.p.p.) che prevede il ricorso *per saltum*, non ammesso

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

nel contesto processuale in esame. Sono, invece, certamente applicabili le prescrizioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 325 c.p.p. e, stando a quanto vi è sancito, la regolamentazione può essere ricostruita nel modo seguente. Il ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato (art. 325 comma 4 c.p.p.); deve essere presentato nella cancelleria del giudice che lo ha emesso (art. 311 comma 3 c.p.p.) con l'osservanza delle forme previste dall'art. 582 c.p.p., come modificato dalla recente *riforma Cartabia*; l'enunciazione dei motivi a sostegno deve essere contestuale, ma è consentita la presentazione di motivi nuovi davanti alla Corte (art. 311 comma 4 c.p.p.), circostanza quest'ultima che presuppone una discussione da svolgersi oralmente. Pertanto, si era osservato che la trattazione del ricorso non può avvenire nella forma (scritta) di cui all'art. 611 c.p.p., ma richiede necessariamente la discussione orale nell'ambito dell'udienza in camera di consiglio *ex* art 127 c.p.p. In questo senso deponeva l'innovazione apportata dalla l. 27 giugno 2017 n. 103 all'art. 325 c.p.p.: superando il contrario orientamento delle Sezioni unite (Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, Maresca), nel relativo comma 3 si è aggiunto un rinvio espresso anche al comma 5 dell'art. 311 c.p.p. che, appunto, contempla l'udienza "partecipata" nelle forme dell'art. 127 c.p.p.

Occorre precisare che, a seguito della *riforma Cartabia*, la disposizione dell'art. 611 c.p.p. sancisce come regola generale la trattazione in udienza camerale non partecipata: si stabilisce, nondimeno, che nelle ipotesi in cui sia prevista per legge l'osservanza delle forme *ex* art 127 c.p.p. le parti (procuratore generale e difensori) possono richiedere la trattazione in camera di consiglio con la loro partecipazione per la decisione.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO DICIASSETTESIMO

LE MISURE CAUTELARI REALI

SOMMARIO: 1. Il sequestro preventivo: finalità e oggetto. — 2. I presupposti. — 3. Il procedimento applicativo e l'esecuzione. — 4. Le ipotesi di estinzione. — 5. Le impugnazioni. — 6. Il sequestro conservativo: finalità e oggetto. — 7. I presupposti e il procedimento. — 8. L'estinzione. — 9. Le impugnazioni.

1. Il sequestro preventivo: finalità e oggetto.

Il sequestro preventivo compone, insieme con il sequestro conservativo, la categoria delle misure cautelari reali applicabili all'ente, persona giuridica. Si è già segnalato che la previsione di entrambi è frutto della iniziativa autonoma del legislatore delegato il quale ha ritenuto la funzione di queste due fattispecie cautelari — contemplate dal codice di rito con riferimento all'imputato, persona fisica — compatibile con il contesto processuale destinato all'ente (RELAZIONE).

Come si sa, il sequestro preventivo di matrice codicistica soddisfa l'esigenza di evitare che « la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso oppure agevolare la commissione di altri reati » (art. 321 comma 1 c.p.p.). Una simile esigenza non trova, in realtà, riscontro nella previsione che contempla il sequestro preventivo destinato all'ente; secondo quanto prescrive l'art. 53, il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'art. 19: da essa si ricava che l'applicazione della misura reale è in rapporto solamente e unicamente con la confisca, prevista come sanzione autonoma, principale e obbligatoria per il caso di condanna dell'ente. Lo stretto collegamento tra sequestro preventivo e confisca fa dubitare che questa misura reale svolga una funzione propriamente cautelare — quella di inibire la prosecuzione della attività criminosa o di interromperne l'*iter* a tutela della collettività — e rende plausibile ritenere che la sua finalità sia invece quella di impedire la dispersione del patrimonio dell'ente così da consentire la futura esecuzione della confisca stessa. E, poiché questa è

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

una sanzione — va ribadito, autonoma, principale e obbligatoria per il caso di condanna dell'ente — si può affermare che, di riflesso, il sequestro preventivo assume un carattere punitivo almeno nel senso che anticipa gli effetti della confisca privando, da subito — appunto in via "preventiva" —, l'ente della disponibilità dei beni su cui cade il vincolo apposto con la cautela. Da questo punto di vista, la misura presenta evidenti analogie con le cautele interdittive dal momento che essa finisce, comunque, per incidere sull'attività economica dell'ente, anche se con limitazioni ("interdizioni") che colpiscono il suo patrimonio.

Oggetto del sequestro preventivo sono « le cose di cui è consentita la confisca a norma dell'articolo 19 »: questa è la formulazione letterale della disposizione dell'art. 53 e anch'essa si presta a talune considerazioni; anzitutto, la misura si collega alla sola fattispecie di confisca-sanzione di cui all'art. 19; in secondo luogo, cade sui medesimi beni sui quali cade la confisca e perciò è esclusa la parte che può essere restituita al danneggiato e restano comunque salvi i diritti dei terzi in buona fede.

Dal nesso con la confisca-sanzione regolata dell'art. 19, deriva l'impossibilità di disporre il sequestro preventivo in talune delle ulteriori fattispecie di confisca annoverate dal d.lgs. n. 231 del 2001. In particolare, dal suo ambito applicativo restano escluse: l'ipotesi prevista dall'art. 15 comma 4, per il caso di nomina del commissario giudiziale in sostituzione della sanzione interdittiva, nel quale la confisca risponde a un'esigenza equitativa, colpisce infatti il profitto dell'*attività lecita* allo scopo di evitare che l'ente si avvantaggi dei risultati economici che non avrebbe conseguito se la sostituzione stessa non fosse stata disposta; l'ipotesi prevista dall'art. 6 comma 5, per il caso di accertata non responsabilità della persona giuridica, nel quale la confisca « assume la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto » (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.), ed infatti cade sul profitto del reato allo scopo di evitare che l'ente possa giovarsi del risultato economico dell'*attività illecita* commessa da soggetto appartenente alla sua organizzazione. La cautela è, invece, ammessa nell'ipotesi stabilita dall'art. 23 comma 2, che prevede la punizione dell'ente per inosservanza delle prescrizioni inerenti alla misura o alla sanzione interdittiva applicata: la norma rinvia alla confisca *ex* art. 19 e quindi alla sua funzione sanzionatoria.

Non si riscontrano, tuttavia, posizioni condivise quanto alla eventuale coesistenza del sequestro preventivo in esame con quelli di matrice codicistica. La questione è stata prospettata sotto due differenti

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

profili. Il primo riguarda l'applicazione concomitante sia della misura destinata all'ente (art. 53) sia di quella di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p. riferita all'autore del reato-presupposto: si tratta del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, misura di sicurezza patrimoniale regolata dal codice penale (art. 240 c.p.). Il concorso delle due diverse fattispecie di cautele non è stato escluso da taluna dottrina (Paolozzi) che, pur ritenendo identica la rispettiva finalità, ha valutato determinante il differente regime applicativo: difatti è sempre obbligatoria l'ablazione di prezzo e profitto a norma dell'art. 19, mentre, stando all'art. 240 c.p., è facoltativa quella di profitto o prodotto e doverosa solo quella del prezzo del reato. Proprio facendo leva su questa divergenza è stata segnalata una utilità pratica: sarebbe, infatti, consentita la contestuale applicazione del vincolo cautelare rispettivamente alla *societas* e a chi sia indicato quale autore del reato-presupposto nei casi in cui il profitto dell'illecito sia stato oggetto di riparto e materialmente incamerato da ciascuno di essi.

Il secondo profilo della questione attiene propriamente alla praticabilità nei confronti dell'ente anche del sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p., c.d. "impeditivo" poiché mirato a impedire che la libera disponibilità di cose pertinenti al reato ne favorisca la reiterazione. La sua finalizzazione, autonoma e diversa da quella della specifica cautela reale per l'ente (art. 53), ha portato a ritenere possibile la loro coesistenza: stando a questa interpretazione, nei confronti dell'ente possono essere disposti sia il sequestro preventivo a fini di confisca-sanzione previsto dall'art. 53 sia quello contemplato dall'art. 321 comma 1 c.p.p. questo ove si tratti di fronteggiare un "rischio oggettivo" connesso a esigenze di difesa sociale (Paolozzi; Moscarini).

L'opinione, espressa all'indomani del varo del d.lgs. n. 231 del 2001, è stata condivisa dalla recente giurisprudenza (Cass. 10 luglio 2018, n. 34293) che si è impegnata a superare la contraria indicazione enunciata dalla Relazione: questa, correttamente, faceva notare che già le misure cautelari interdittive sono preordinate a evitare « il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quelli per cui si procede » (art. 45); a causa di tale coincidenza di fini con il sequestro impeditivo questo è considerato incompatibile con il sistema cautelare per l'ente e perciò non applicabile. Con puntigliosa argomentazione, la sentenza citata trasferisce nella sede dell'ente la cautela reale codicistica avvalendosi della norma di collegamento dell'art. 34 con il fine dichiarato di evitare che per la *societas* si prospetti un regime privilegiato rispetto a quello generale previsto dal codice di rito. La decisione,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

esclude, infatti, qualunque sovrapposizione tra l'indicata cautela reale e le misure interdittive e ciò, da un lato, in ragione della loro durata solo temporanea di contro a quella definitiva del sequestro ove, all'esito del giudizio di cognizione, sia disposta la confisca; dall'altro lato, in considerazione dei rispettivi effetti, poiché mentre la misura interdittiva « paralizza l'uso del bene criminogeno solo in modo indiretto », il sequestro e la successiva confisca « colpiscono direttamente il bene eliminando per sempre il pericolo che possa essere destinato a commettere altri reati ».

La pronuncia non si sottrae a riflessioni critiche in particolare per la disinvoltura con cui ha rimosso la chiara indicazione negativa del legislatore (SANTORIELLO). Da osservare, in primo luogo, che la norma dell'art 34 svolge una funzione solamente integrativa della particolare disciplina stabilita per la *societas*: è utilizzabile per colmare lacune normative, ma certamente non per contraddire precise scelte legislative. Inoltre, autorizza la *traslatio* delle previsioni codicistiche non in modo automatico, ma con il limite della loro compatibilità: nel caso del sequestro di cui all'art. 321 comma 1 c.p.p., una volta riscontrato che la sua finalità è già assolta dalle misure cautelari interdittive (art. 45) alle quali si sovrappone, è evidente che a dover prevalere è la disciplina speciale. Questa soluzione non determina alcuna situazione di vantaggio per l'ente rispetto a quanto stabilito per l'indagato/imputato; essa evita, anzi, possibili strumentalizzazioni, vale a dire che l'impiego del sequestro impeditivo serva in realtà per omettere le particolari regole di garanzia (contraddittorio anticipato, limiti di durata) contemplate ai fini dell'applicazione delle cautele interdittive.

Sempre e ancora dal collegamento con la confisca sancita dall'art. 19 si ricava che due sono le forme di sequestro preventivo, in relazione ai beni sui quali sia apposto il vincolo di indisponibilità: poiché la confisca cade sul prezzo o profitto del reato (art. 19 comma 1) ma può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente (art. 19 comma 2), anche la cautela reale è ammessa nella forma « tradizionale » o in quella « per equivalente ». Si può osservare che lo scopo della confisca resta quello, unico, di privare l'ente dei risultati del reato e sotto questo profilo anche il sequestro preventivo « per equivalente » è in raccordo con la sanzione, ne anticipa gli effetti e assume un connotato punitivo.

Per concludere sul tema del sequestro preventivo « per equivalente », va preso in considerazione un orientamento giurisprudenziale che afferma l'applicabilità della cautela reale (e, conseguentemente,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

della confisca: Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.; Cass. 5 giugno 2007, n. 31690; Id. 6 febbraio 2009, n. 19764; Id. 5 marzo 2009, n. 26612; Id. 27 ottobre 2009, n. 42894; Id. 22 febbraio 2012, n. 20976; Id. 25 gennaio 2013, n. 21222; Id. 27 ottobre 2015, n. 45520) contemporaneamente o indifferentemente alla persona fisica, cui addebitato il reato, e alla *societas*, cui contestato l'illecito; stando a questa interpretazione, il vincolo reale potrebbe colpire, con riguardo all'intero profitto (sia pure con il limite della sua non eccedenza rispetto al valore complessivo del profitto), i beni sia dell'una sia dell'altra e ciò per il fatto che tra persona fisica e persona giuridica è ravvisabile una forma di responsabilità cumulativa, riconducibile allo schema penalistico della responsabilità concorsuale, fattispecie improntata al principio solidaristico. Si tratta di una soluzione che adatta al contesto *de societate* un orientamento affermatosi già nell'ambito codicistico con riguardo alla applicabilità della confisca per equivalente e del corrispondente sequestro preventivo in caso di concorso di persone nel reato: sul punto, tuttavia, la giurisprudenza si è divisa provocando un contrasto interpretativo portato all'attenzione delle Sezioni unite. La Corte di cassazione (Cass., sez. un., 26 settembre 2024, M.G. e F.M.), rimarcato che la confisca per equivalente si caratterizza per la mancanza di un nesso di derivazione causale del bene rispetto al reato, ha formulato i seguenti principi: da un lato, ha escluso ogni forma di solidarietà passiva statuendo che confisca e sequestro preventivo per equivalente vanno disposti nei confronti del singolo concorrente limitatamente a quanto da lui stesso conseguito. Di conseguenza, dall'altro lato, ha ammesso il ricorso al criterio della ripartizione in parti uguali solo in caso di mancata individuazione della quota di arricchimento del singolo concorrente nel reato.

Si può notare che l'interpretazione patrocinata dalla giurisprudenza con riguardo al sequestro preventivo *ex* art. 53 in passiva adesione all'orientamento ora censurato dalle Sezioni unite ha di fatto perso credito. Fa sperare in un ripensamento una pronuncia che, intervenendo direttamente sul tema della confisca nel contesto *de societate*, ha di poco ha anticipato il *dictum* delle Sezioni unite. La Suprema corte ha affrontato il caso in cui la confisca del profitto del reato sia prevista in relazione tanto all'illecito della *societas* tanto al delitto della persona da cui è derivata la condanna dell'ente di appartenenza; al riguardo ha precisato che « la misura ablatoria va disposta, in via prioritaria, nei confronti della società, in via diretta o per equivalente, mentre nei confronti della persona fisica la confisca può

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

essere legittimamente disposta ma solo subordinatamente alla condizione del mancato rinvenimento del denaro nelle casse della società beneficiata dal profitto del reato » (Cass. 12 giugno 2024, n. 30601).

Al di là di questa più corretta recente presa di posizione, va osservato che la soluzione prospettata e affermatasi in generale si presta a più rilievi critici una volta valutata in relazione alla specificità del sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001. Anzitutto, benché originati dalla medesima condotta, fatto di reato e illecito amministrativo configurano due entità distinte e autonome (art. 8) che differenziano la rispettiva responsabilità e il corrispondente oggetto dell'accertamento: nel procedimento a carico della persona fisica è sufficiente verificare la sussistenza del reato-presupposto, mentre in quello attinente alla persona giuridica occorre riscontrare il reato-presupposto e *anche* — e perciò*, inoltre* — gli elementi costitutivi dell'illecito, integrati dai criteri di imputazione sia oggettivi sia soggettivi. In altre parole, tra persona fisica e persona giuridica esiste un preciso diaframma in ragione del quale ciascuna di esse è chiamata a rispondere unicamente per la propria responsabilità: ciò impedisce di esportare nel contesto normativo previsto per l'ente il paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. In secondo luogo, occorre ricordare che la scelta di dare vita alla nuova disciplina della responsabilità delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231 del 2001) risponde proprio all'esigenza di sanzionare le più insidiose forme di criminalità colpendo direttamente la *societas* piuttosto che, come in passato, l'autore materiale di reati commessi nel suo interesse o vantaggio: la duplicazione in capo all'ente e alla persona fisica della misura reale e della sanzione — ammessa dalla giurisprudenza — soddisfa una intenzione puramente repressiva che travalica gli obiettivi del legislatore del 2001.

2. I presupposti.

Si è già rilevato che la disciplina delle misure cautelari reali (sequestro preventivo e sequestro conservativo) è dettata per rinvio a talune disposizioni del codice di rito e, perciò, spetta all'interprete ricostruire la loro regolamentazione mediante il coordinamento tra le due fonti normative e senza trascurare la consueta verifica di compatibilità.

A proposito del sequestro preventivo, la mancata previsione espressa dei suoi presupposti ha orientato a supplire al vuoto legislativo in sede interpretativa, analogamente a quanto verificatosi nel contesto

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

codicistico ove sul tema si registra la medesima carenza normativa. Senza considerare, da un lato, che il rinvio alle previsioni dell'art. 321 c.p.p. è in realtà limitato a quelle meramente processuali che regolano perciò la sola dinamica della misura e, soprattutto, trascurando, d'altro canto, che le peculiarità del sequestro *ex* art. 53 — ricavabile, come si è specificato, dalla sua strumentalità alla confisca sanzione e dalla sua finalità conservativa — emergono con chiarezza dalla sistematica del processo *de societate*, la giurisprudenza si è adagiata sulla trasposizione acritica degli orientamenti invalsi con riguardo alla cautela reale di riferimento. Di qui è maturata la convinzione di poter ritenere applicabili i presupposti stabiliti dall'art. 321 comma 2 c.p.p. per l'omologa cautela reale preordinata alla confisca (misura di sicurezza patrimoniale) a norma dell'art. 240 c.p. Con orientamento pressoché uniforme, la giurisprudenza (Cass. 16 dicembre 2010, n. 6459; Id. 16 febbraio 2006, n. 9829; v., anche, G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2006) ha affermato che il presupposto del *fumus commissi delicti* si sostanzia nella configurabilità sul piano astratto dell'illecito contestato all'ente: al giudice, competente a disporlo, si richiede un controllo formale, cioè a dire gli è sufficiente accertare che l'illecito sia riconducibile ad una delle fattispecie contemplate dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Da questa impostazione si è discostata una pronuncia rimasta, tuttavia, senza seguito: il nesso tra sequestro preventivo e confisca e la finalità propria della cautela, di anticipare gli effetti della sanzione, hanno indotto a ritenere imprescindibile un accertamento che investa direttamente la responsabilità dell'ente; si è precisato, più in particolare, che il relativo presupposto si sostanzia in un "*fumus delicti* allargato", non dissimile dai gravi indizi di responsabilità dell'ente previsti dall'art. 45 per le misure interdittive (Cass. 31 maggio 2012, n. 34505). A fondamento di tale soluzione innovativa sta, a ben vedere, una lettura in termini unitari del sistema cautelare per l'ente: la sentenza ha rimarcato, infatti, che cautele interdittive e reali presentano « caratteri omogenei » in relazione ai beni cui si riferiscono, circostanza che inibisce una radicale differenziazione dei corrispondenti presupposti. La condivisibile presa di posizione è stata subito contraddetta con il recupero del precedente orientamento e ciò sulla base di una ipotetica *voluntas legis* che avrebbe destinato alle sole misure interdittive la verifica dei gravi indizi di responsabilità tramite l'espressa previsione dell'art. 45, norma non esportabile nella sede del sequestro preventivo (Cass. 16 settembre 2014, n. 41435; Id. 18 novembre 2014, n. 51806 e, da ultimo, Id. 10 luglio 2018, n. 34293, cit.).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Quanto al *periculum in mora*, si è consolidata l'opinione secondo cui questo presupposto mutua dalla confisca il carattere della obbligatorietà e si risolve nella pericolosità in sé della cosa oggetto di sequestro (profitto o prezzo del reato) senza necessità, quindi, di alcuna prognosi in concreto di pericolosità: la stessa disponibilità del profitto o del prezzo del reato comporta il rischio di aggravamento o reiterazione del reato e, pertanto, basta verificare la "confiscabilità" del bene, alla stregua delle risultanze indiziarie o in base a norme giuridiche che appunto ammettano o impediscano la loro confisca (Cass. 10 luglio 2918, n. 34299; Id. 16 settembre 2014, n. 41435; Id. 18 gennaio 2011, n. 14564; Id. 16 febbraio 2006, n. 9829, cit.; Id. 21 dicembre 2006, n. 316; G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2006).

La soluzione — condivisa dalle stesse Sezioni Unite (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia italimpianti s.p.a.; Cass., sez. un., 25 settembre 2014, Curatela Fallimento Uniland s.p.a.) — replica di fatto l'interpretazione formulata circa il sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p. la cui applicazione è fatta derivare con assoluto automatismo dalla pericolosità della *res*, implicita nella sua confiscabilità sancita legislativamente (Cass. 15 aprile 2015, n. 20887; Id. 17 settembre 2014, n. 47684; Id. 17 marzo 1995, n. 1022; Id. 21 ottobre 1994, n. 4114).

È difficile aderire a entrambe le conclusioni: esse, non solo finiscono per confondere le due specie di sequestro preventivo (art. 53; art. 321 comma 2 c.p.p.), diverse e distinte per natura e funzione — come rimarcato nel precedente paragrafo — ma anche risultano non compatibili con la stessa fisionomia e la finalità del sequestro preventivo applicabile all'ente (art. 53). Questa misura reale, come si è sottolineato, in quanto prevista in stretto raccordo con la confisca-sanzione (art. 19), ha una palese connotazione punitiva e svolge l'unica finalità di assicurarne la futura esecuzione: il sequestro preventivo vincola la disponibilità di certi beni (prezzo o profitto del reato o anche somme e utilità equivalenti) non perché "pericolosi" ma per impedire all'ente di disperderli (occultandoli o vendendoli) e, in tal modo, vanificare l'efficacia della confisca che dovrà essere applicata una volta e se accertata la sua responsabilità.

Avendo presenti queste caratteristiche della cautela reale, le soluzioni da prospettare sono altre. Per applicare il sequestro preventivo occorre che siano integrate le medesime condizioni stabilite per la confisca, vale a dire che sussista l'elevata probabilità della condanna dell'ente e della conseguente applicazione della sanzione-confisca: da un lato, è necessario che il giudice accerti, naturalmente a livello

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

indiziario e in via prognostica, sia l'imputabilità dell'illecito alla *societas* (in sostanza, una « qualificata probabilità di colpevolezza » dell'ente: Cass. 31 maggio 2012, n. 34505) sia la presenza del prezzo o del profitto del reato (presupposto del *fumus commissi delicti*); d'altro lato, gli si impone di valutare che ricorre il rischio di loro dissipazione (presupposto del *periculum in mora*), situazione in grado di compromettere l'efficacia della futura confisca (Lorenzetto). Ritenere, al contrario, che il *periculum* coincida con la confiscabilità del prezzo o del profitto derivante dal reato — considerate cose pericolose e comunque cose la cui provenienza delittuosa impone che ne venga sottratta la disponibilità al responsabile del reato (F. Lattanzi) — significa sovrapporre natura e funzione della confisca regolata dall'art. 19 (sanzione principale) a quelle della confisca misura di sicurezza patrimoniale regolata dal codice penale (art. 240 c.p.).

Si deve segnalare, peraltro, che anche con riguardo al sequestro preventivo strumentale a tale fattispecie di confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.), orientamenti sopravvenuti mostrano una maggiore sensibilità ai valori in gioco prospettando interpretazioni più avanzate dei suoi presupposti. Quanto al *fumus commissi delicti*, resta ancora fermo l'ostracismo verso una delibazione circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ma si pretende ora un accertamento fondato sulle concrete risultanze processuali che tenga conto della congruità degli elementi rappresentati dall'accusa nonché di quelli offerti dalla difesa (Cass. 12 luglio 2018, n. 41104; Id. 21 ottobre 2015, n. 49478) e persino aperto al riscontro, se di immediata evidenza, di un eventuale difetto di causalità tra condotta ed evento (Cass. 22 novembre 2011, n. 7734) nonché dell'elemento soggettivo del reato (Cass. 10 gennaio 2018, n. 10446).

Ancora più significativa è la svolta compiuta sul fronte del *periculum in mora*: questo presupposto è stato affrancato dal rigido nesso con la confiscabilità del bene che sorreggeva la sua applicazione automatica. Intervenute di recente, le Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 2 marzo 2021, Ellade) hanno prospettato una soluzione aderente ai principi costituzionali e sovranazionali: anzitutto, si è ribadita la finalità conservativa del sequestro a fini di confisca *ex* art. 321 comma 2 c.p.p. (in tal senso già Cass., sez. un., 25 settembre 2014, Curatela Fallimento Uniland s.p.a.) e si è messa in luce la sua funzione anticipatrice di effetti ablativi, di regola connessi alla affermazione di responsabilità; in secondo luogo e di conseguenza si è sancita come non eludibile la valutazione del *periculum*, vale a dire delle ragioni (modificazione, utilizzo, sottrazione, dispersione, alienazione del bene) che

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mettono a rischio la futura applicazione della confisca. La pronuncia, inoltre, ha rimarcato che in questo senso opera anche un'altra considerazione; ha segnalato che solamente l'obbligo di tale valutazione del *periculum* — e correlativa motivazione sul punto — garantisce l'osservanza dei criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare: il loro rispetto evita, infatti, « un'indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica e la trasformazione della misura cautelare, in parte o in tutto, inutilmente vessatoria ». Sulla base di questi rilievi, le Sezioni unite sono giunte ad affermare come sempre obbligatoria la valutazione del *periculum* qualunque sia la tipologia di confisca (obbligatoria/facoltativa; diretta/per equivalente), salva restando la fattispecie che attiene a *res* confiscabili *ex lege* (art. 240 comma 2 n. 2 c.p.) per le quali è sufficiente la verifica di appartenenza a tale categoria.

Il principio di diritto così limpidamente enunciato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione è stato correttamente considerato di valenza "trasversale"(Belfiore). E, infatti, una successiva e ancora più recente pronuncia, proprio valorizzando la sua portata generale, ha trasferito *tout court* l'applicabilità di tale principio nel contesto normativo dell'art. 53 (Cass. 13 febbraio 2024, n. 14047): ha affermato, pertanto, che la valutazione del *periculum* quale rischio di dispersione della garanzia patrimoniale in vista della futura confisca e sua motivazione sono obblighi cui non può sottrarsi il giudice della cautela reale. Da osservare che, al riguardo, la Corte di cassazione non si è limitata a condividere premesse e conclusioni fatte proprie dalle Sezioni unite: ha messo in luce, inoltre e in particolare, la tipicità del sequestro preventivo per l'ente, in grado, per le sue ricadute dirette sul compendio aziendale di « pervenire alla anticipata sottrazione di beni strumentali per la prosecuzione dell'impresa, con il rischio di pregiudicarne definitivamente la continuità », effetto identico a quello provocato dalle più gravi misure cautelari interdittive. Di qui la perentoria affermazione che, nel sistema di responsabilità delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 ove trova tendenziale applicazione rispetto ad attività imprenditoriali, è la stessa incidenza del sequestro preventivo di cui all'art. 53 a « richiedere garanzie rafforzate e non certo inferiori rispetto a quanto previsto in generale per il sequestro preventivo *ex* art. 321 c.p.p. ».

Resta ora da stabilire se, pure ai fini della applicazione della cautela reale per l'ente, il giudice sia tenuto, oltre che alla valutazione dei due indicati presupposti, anche all'osservanza dei principi di proporziona-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

lità, adeguatezza e gradualità, considerati dalla Suprema corte, come accennato, strettamente correlati all'obbligo di verifica del *periculum*. Si tratta dei criteri guida espressamente previsti dall'art. 46 comma 2 a proposito della scelta delle misure interdittive (v., *supra,* cap. XVI, §10).

L'operatività della norma, e in specie del principio di proporzionalità, nell'ambito del sequestro preventivo *ex* art. 53 è stata riconosciuta da una recente pronuncia della Corte di cassazione (Cass. 11 gennaio 2022, n. 13936): questa è intervenuta sulla fattispecie di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto di reato tributario- presupposto. Nella situazione esaminata, poiché l'obbligo di soddisfare il debito tributario e la contestuale applicazione della cautela reale avrebbero determinato la cessazione definitiva della attività dell'ente, prima dell'accertamento della sua responsabilità in esito al processo, il giudice di legittimità ha individuato una soluzione particolare: ha disposto il dissequestro parziale delle somme di denaro sottoposte a vincolo cautelare, subordinato tuttavia a stringenti condizioni, al fine di consentire il pagamento delle imposte dovute dall'ente.

Di questa sentenza è importante sottolineare le premesse poste a base della soluzione adottata sebbene, come si può notare, la stessa sia riferita a un caso concreto del tutto singolare. La Corte, in primo luogo, ha posto l'accento sulla valenza costituzionale del principio di proporzionalità, sancito anche a livello sovranazionale dal diritto dell'Unione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; peraltro, stando a un indirizzo consolidato nell'ambito codicistico, il principio è considerato applicabile anche alle misure reali benché dettato dall'art. 275 c.p.p. per le cautele personali (in particolare, Cass., sez. un., 19 aprile 2018, Botticelli; conf., Cass. 28 maggio 2018, n. 29687; Id. 7 maggio 2014, n. 21271; in precedenza, Id 21 marzo 2013, n. 18693; Id. 21 gennaio 2010, n. 246103). In secondo luogo, ha attribuito portata sistematica generale all'art. 46 che enuncia in modo speculare nel contesto *de societate* i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità. Infine, ha specificato che il canone di *proporzionalità* opera tanto nel momento applicativo della misura reale — con il divieto per il giudice di colpire beni di valore superiore al profitto confiscabile (Cass. 23 luglio 2020, n. 25448; Id. 27 gennaio 2015, n. 12315) — tanto nel corso della sua esecuzione: perciò è stato affermato sempre da osservare l'obbligo di adeguare l'intensità del vincolo a eventuali sopravvenienze così da evitare « un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

iniziativa economica », superiore a quanto necessario per le stesse esigenze cautelari. Seguendo questo percorso argomentativo è stato possibile superare il silenzio legislativo, che appunto non contempla previsioni specifiche in proposito, e disporre il dissequestro parziale di somme illecitamente conseguite e destinate a confisca.

Si vedrà se l'evoluzione interpretativa della giurisprudenza in tema di sequestro preventivo *ex* art. 53, che si è illustrata in dettaglio, troverà riscontro nella prassi applicativa. Allo stato — e a prescindere dalla pronuncia citata per ultima, certamente condizionata dalla particolarità del caso concreto deciso — è utile richiamare l'attenzione su due profili. Il primo si riferisce alla messa a punto certamente pertinente e appropriata dei presupposti della misura reale; il secondo attiene alla prospettiva aperta dalla giurisprudenza che ha permesso di giungere a questo risultato: la sua interpretazione muove da una concezione unitaria dell'assetto cautelare per l'ente, conforme a quella oramai accreditata nell'ambito codicistico corrispondente e indica, in sostanza, che non può esservi differenza tra persona fisica e persona giuridica sul fronte sia della tutela dei diritti incisi dalle limitazioni cautelari sia della concreta ponderazione dei divergenti interessi in gioco, mediata dal principio di proporzionalità.

3. Il procedimento applicativo e l'esecuzione.

La procedura applicativa del sequestro preventivo segue le cadenze della disciplina contemplata dal codice di rito, richiamata per rinvio.

La competenza spetta al giudice che procede il quale dispone la misura con decreto motivato su richiesta del pubblico ministero, iniziativa al lui riservata per principio generale. A questo *iter* ordinario si fa eccezione in due situazioni di urgenza tipiche della fase delle indagini preliminari: la prima si verifica quando l'urgenza è tale da non consentire di « attendere il provvedimento del giudice » e comporta che il sequestro preventivo possa essere disposto dal pubblico ministero, titolare delle indagini, con decreto motivato (art. 321 comma 3-*bis* primo periodo c.p.p.); poiché il provvedimento ha natura provvisoria, il pubblico ministero è tenuto a chiedere — entro quarantotto ore — sia la convalida sia l'emissione del decreto di sequestro al giudice (per le indagini preliminari) obbligato a decidere entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta: l'inosservanza di entrambi i termini determina il venir meno dell'efficacia della misura disposta (art. 321 comma 3-*ter* c.p.p.).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

La seconda situazione si riferisce al caso in cui lo stesso pubblico ministero non abbia ancora assunto la direzione delle indagini e comporta che la cautela possa essere adottata con iniziativa autonoma dalla polizia giudiziaria (art. 321 comma 3-*bis* secondo periodo c.p.p.). Anche questo provvedimento ha natura provvisoria, tuttavia, l'intervento del giudice non è previsto come sempre necessario. Infatti, il pubblico ministero, al quale la polizia giudiziaria deve trasmettere — entro quarantotto ore — il verbale di sequestro, può dare fine alla procedura disponendo la restituzione delle cose sequestrate. Solamente al di fuori di questa ipotesi, deve chiedere (al giudice) sia la convalida del provvedimento d'urgenza sia l'emissione del decreto di sequestro. I termini stabiliti per la richiesta (entro quarantotto ore dalla ricezione del verbale) e per la decisione (entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta) sono perentori e, perciò, la loro inosservanza determina l'inefficacia della misura disposta.

Si deve osservare che questa regolamentazione risulta particolarmente appropriata per il sequestro preventivo stabilito per l'ente: la misura vincola prezzo o profitto del reato o anche beni di valore equivalente in vista della futura confisca, in sostanza colpendo in prevalenza somme di denaro che possono con facilità essere occultate, trasferite o rese non più rintracciabili, rischio che può essere fronteggiato proprio con gli interventi provvisori descritti (Lorenzetto). È, casomai, da rilevare che, nella fase delle indagini, anche l'illecito addebitato all'ente è "provvisorio", mancando ancora la contestazione « in forma chiara e precisa del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative » (art. 59 comma 2), situazione questa che rende difficoltoso quantificare esattamente il profitto il quale, secondo le Sezioni unite, è il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.). Operazione ancor più problematica ove il vincolo dovesse essere imposto su beni di valore equivalente: non a caso la giurisprudenza pretende che in tale situazione il giudice stesso provveda all'indicazione della somma sino a concorrenza della quale il sequestro può essere eseguito, pur riconoscendo il diverso compito della specifica individuazione dei beni in capo sia alla polizia giudiziaria (Cass. 16 settembre 2014, n. 41435; Id. 27 gennaio 2010, n. 5822) sia al pubblico ministero in sede di esecuzione del provvedimento (Id. 6 novembre 2012, n. 46295).

Rimane da rimarcare, infine, che il procedimento applicativo della cautela reale non contempla né l'instaurazione di un'udienza né il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

contraddittorio preventivo come invece previsto a proposito delle misure interdittive. L'opzione legislativa è coerente con la natura e con la finalità del sequestro preventivo: trattandosi di un tipico "atto a sorpresa", la sua applicazione deve avvenire *inaudita altera parte* proprio ad evitare iniziative volte a sottrarre il bene sequestrabile compromettendo l'effettività della misura.

Per l'esecuzione del sequestro preventivo, occorre fare riferimento alla disciplina dettata dalle disposizioni di attuazione del codice di rito, operante in virtù del richiamo generale *ex* art. 34, integrata da due previsioni *ad hoc* (comma 1-*bis* e comma 1-*ter* dell'art. 53), di successiva introduzione (rispettivamente, d.l. 31 agosto 2013 n. 101 convertito nella l. 30 ottobre 2013 n. 125 e d.l. 5 gennaio 2023 n. 2 convertito nella l. 3 marzo 2023 n. 17). Si stabilisce che il provvedimento cautelare sia trasmesso, a cura della cancelleria del giudice, all'organo competente per la sua esecuzione o, nel corso delle indagini, al pubblico ministero (art. 92 disp. att. c.p.p.) e si indicano (art. 104 disp. att. c.p.p.) modalità differenziate in relazione all'oggetto sui cade il vincolo cautelare (beni mobili, crediti, beni immobili o mobili registrati, beni aziendali organizzati per l'esercizio dell'impresa, azioni o quote sociali, strumenti finanziari dematerializzati compresi i titoli del debito pubblico). Ove il sequestro preventivo investa società o comunque beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, è prescritta la nomina di un amministratore giudiziario (art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.) per la cui disciplina nonché circa i suoi poteri di gestione opera il rinvio al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. codice antimafia) — e per esso alle modifiche apportate dalla l. 17 ottobre 2017 n. 161 —, ritenuto maggiormente idoneo ad assicurare la tutela delle esigenze produttive e occupazionali incise dal vincolo reale.

Alla citata statuizione si affianca il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 53, riferito alla particolare ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, di cui all'art. 19 comma 2, che abbia a oggetto società, aziende ovvero beni, compresi i titoli, nonché quote azionarie e liquidità anche se in deposito. Anche al riguardo si prevede la nomina di un custode amministratore giudiziario: gli spetta la vigilanza sulla attività degli organi societari — sostituiti, per il caso di società dichiarata fallita, dal curatore "fallimentare" (v., ora, d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 — Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: *infra.* § 5) che, tra i suoi compiti, ha quello di preservare il patrimonio societario (Cass., sez. un., 25 settembre 2014, Curatela Fallimento Uniland s.p.a.) — cui è consentito l'utilizzo e la gestione di quanto sequestrato al solo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali così da evitare la paralisi della ordinaria attività; tale esigenza è considerata imprescindibile per la stessa attività aziendale al punto da ritenere obbligatoria la nomina del custode amministratore e riconoscere, in caso di omissione, la possibilità per la parte interessata di adire il giudice a norma dell'art. 47 (Cass. 9 novembre 2017, n. 6742).

Una prescrizione specifica è indicata per il caso in cui la misura cautelare sia stata adottata "in danno di società che gestiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale o di loro controllate": l'applicazione di quanto stabilito dal d.l. 4 giugno 2013 n. 61 convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2013 n. 89 (c.d. "decreto Ilva") ne consente il commissariamento straordinario alle condizioni ivi previste: si tratta, in particolare, dei casi in cui la misura incide su imprese di grande dimensioni la cui attività produttiva abbia determinato e comporti gravi pericoli per l'integrità dell'ambiente e per la salute rispetto ai quali il commissariamento straordinario è deliberato dal Consiglio dei ministri su proposta del presidente del Consiglio.

Alla omologa situazione (sequestro di stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale a norma dell'art. 1 d.l. 3 dicembre 2012 n. 297 convertito dalla l. 24 dicembre 2012 n. 231) è dedicata la previsione del comma 1-*ter* dell'art. 53, come già detto, introdotta dal d.l. n. 2 del 2023 convertito nella l. n. 17 del 2023 e successivamente modificata dal d.l. 13 giugno 2023 n. 69 convertito nella l. 10 agosto 2023 n. 103. La nuova norma regola, fra l'altro e in particolare, i provvedimenti del giudice — circa la prosecuzione dell'attività — in rapporto a quelli amministrativi adottati dalle competenti autorità (si tratta delle misure di bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva e quelle di salvaguardia dell'occupazione e la tutela della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente e degli altri eventuali beni giuridici lesi dagli illeciti commessi) rinviando alla disciplina sancita dall'art. 104-*bis* commi 1-*bis*.1, 1-*bis*.2, 1-*septies*, 1-*novies* e 1-*decies* disp. att. c.p.p. Sul punto, è già intervenuta la Corte costituzionale la quale ha puntualizzato la specifica finalità di tali misure di bilanciamento (quella comunque di « tendere a realizzare un rapido risanamento della situazione di compromissione ambientale o di potenziale pregiudizio alla salute determinato dalle aziende sequestrate » piuttosto che « consentirne indefinitamente la prosecuzione attraverso un semplice abbassamento del loro livello di tutela ») e, pertanto, ha dichiarato illegittima la mancata

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

previsione di un termine massimo (di trentasei mesi) di loro operatività, introdotto con pronuncia additiva (sent. 13 giugno 2024, n. 105).

Il complesso delle disposizioni citate configura una esecuzione dinamica del sequestro preventivo (e della successiva confisca), certamente utile, nella prospettiva legislativa, a potenziarne l'impiego, affinandolo, nel contrasto della criminalità di impresa. Sul piano operativo non può dirsi estraneo l'effetto di evitare che il vincolo reale si trasformi surrettiziamente in una cautela interdittiva (CERESA-GASTALDO). Sul piano generale, l'innovazione merita apprezzamento, tuttavia, la soluzione escogitata offre una garanzia tardiva: il rimedio più efficace resta la puntuale ed esplicita articolazione dei presupposti del sequestro preventivo in modo conforme alla sua funzione anticipatoria della confisca-sanzione (v., *supra*, § 2).

4. Le ipotesi di estinzione.

Il sequestro preventivo può venir meno in talune ipotesi che integrano fattispecie estintive della misura. È quanto si verifica nel caso — illustrato nel paragrafo precedente — di sua applicazione provvisoria e di mancato rispetto del termine prescritto, rispettivamente, per la richiesta di convalida del pubblico ministero e per la successiva decisione del giudice (art. 321 comma 3-*ter* c.p.p.). A questo si aggiungono altre situazioni, talune ricavabili dal rinvio alle disposizioni codicistiche, operato dall'art. 53, altre, a ben vedere, già regolate per implicito dalla disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001.

Il richiamo all'art. 321 comma 3 c.p.p. trasferisce nella sede in esame l'istituto della revoca della misura e le relative regole di procedura e di competenza. Il sequestro deve essere « immediatamente » revocato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità della cautela. La decisione è adottata, con ordinanza, dal giudice che procede, su richiesta del pubblico ministero o dell'interessato, vale a dire dell'ente — tramite il suo rappresentante legale, se già costituito a norma dell'art. 39 — o, trattandosi di atto non personale, dal suo difensore nominato a norma dell'art. 96 c.p.p., titolare dei medesimi diritti e facoltà (art. 99 c.p.p.). In proposito è necessario considerare quanto stabilito dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni); come già precisato (v., *supra*, cap., XIV, §. 5) la legittimazione del difensore di fiducia, prima e in assenza della formale costituzione, è ammessa unicamente in relazione a situazioni imprevedibili e d'urgenza e perciò non precedute dalla notifica-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione della informazione di garanzia (art. 57); si richiede comunque la sua validazione proprio in occasione dell'atto di costituzione: la richiesta di revoca — così come quella di riesame (v. *infra*, § 5) — possono prospettarsi quali iniziative che maturano proprio in tali situazioni e, pertanto, giustificano la titolarità del difensore nominato *ex* art. 96 c.p.p. La necessità di rimuovere tempestivamente (« immediatamente » *ex* art. 321 comma 3 c.p.p.) una limitazione non più giustificata ha portato a riconoscere al pubblico ministero la competenza a disporre la revoca della misura nel corso delle indagini e su richiesta dell'ente. Due sono le alternative previste: quando accolga la richiesta, il pubblico ministero dispone la revoca della misura; quando ritenga di respingerla anche in parte, trasmette gli atti al giudice (per le indagini preliminari) ai fini della decisione.

Il sequestro preventivo può perdere efficacia anche per effetto della pronuncia di determinati provvedimenti. Queste fattispecie estintive sono contemplate dall'art. 323 comma 1 c.p.p. richiamato dall'art. 53, ma a ben vedere il rinvio è superfluo poiché le stesse ipotesi sono già previste dalla normativa dedicata all'ente. Ci si riferisce alla disposizione dell'art. 68 secondo la quale il giudice dispone la cessazione delle misure cautelari quando pronuncia la sentenza che esclude la responsabilità dell'ente (art. 66) e quando pronuncia la sentenza di non doversi procedere per decadenza dalla contestazione (art. 67). Si tratta delle ipotesi già illustrate trattando delle misure cautelari interdittive (v., *supra*, cap. XVI, § 17): qui è sufficiente ricordare che, per identità di *ratio*, la medesima efficacia estintiva deve essere riconosciuta al provvedimento di archiviazione emesso dal pubblico ministero a conclusione della fase investigativa (art. 58) e alla sentenza di non luogo a procedere, pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare.

5. Le impugnazioni.

Il regime delle impugnazioni previsto per il sequestro preventivo è più articolato di quello stabilito per le cautele interdittive giacché contempla il riesame oltre all'appello e al ricorso per cassazione, ciascuno con ambito applicativo differenziato.

Circa la disciplina del riesame opera, per rinvio, la disposizione dell'art. 322 c.p.p.: pertanto, il riesame è esperibile nei confronti del decreto di sequestro emesso dal giudice, provvedimento con cui è stata applicata la misura. Come si ricorderà, il riesame non è ammesso nei confronti della ordinanza applicativa delle cautele interdittive, impu-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

gnabile nel merito solo con l'appello. La diversa soluzione proposta per la cautela reale si giustifica alla luce del suo meccanismo applicativo privo, appunto, del contraddittorio preventivo: il riesame compensa la mancanza di questa garanzia, sancita invece per le misure interdittive senza dare vita a un *surplus* di tutela.

Legittimati sono l'ente, il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione. Quanto all'ente, oramai, vale a dire dopo l'intervento delle Sezioni unite più volte citato Cassazione (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni), si richiama quanto osservato a proposito della richiesta di revoca: anche quella di riesame può profilarsi con carattere di urgenza che, ove sia mancata l'informazione di garanzia *ex* art. 57 precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, impedisce la previa costituzione a norma dell'art. 39; a queste condizioni si riconosce l'iniziativa del suo difensore nominato a norma dell'art. 96 c.p.p. La giurisprudenza ha fatto applicazione di quanto statuito dalle Sezioni unite anche nel caso particolare in cui la costituzione dell'ente sia avvenuta per sua scelta autonoma, cioè ancor prima e a prescindere dalla comunicazione *ex* art. 57: si afferma, infatti, la inammissibilità della richiesta di riesame presentata da difensore, privo di procura speciale e diverso da quello indicato nell'atto di costituzione benché nominato a norma dell'art. 96 c.p.p.; poiché effettuata per scelta autonoma dell'ente non ancora raggiunto dalla informazione di garanzia *ex* art. 57, la costituzione è considerata al riguardo del tutto ininfluente (Cass. 16 settembre 2016, n. 2655). La costituzione è comunque necessaria nel caso in cui l'ente intenda presentare riesame personalmente, atto che richiede l'intermediazione del suo legale rappresentante.

La legittimazione è riconosciuta anche al curatore ["fallimentare"]: così secondo la previsione dell'art. 320 d.lgs. n. 14 del 2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) — disposizione applicabile anche nei confronti dell'ente, come specificato dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto — il quale ha dato attuazione alla l. 19 ottobre 2017 n. 155, articolando una compiuta disciplina dei rapporti tra misure cautelari reali penali e *liquidazione giudiziale*, formula lessicale che sostituisce e rimuove, insieme con il suo carico negativo, la precedente ("fallimento").

A questa conclusione, invero, era giunta anche l'ultima giurisprudenza (Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Fall. Mantova Petroli s.r.l.). Intervenuta a Sezioni unite a risolvere un dissidio interpretativo trasci-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

natosi nel tempo, la Corte di cassazione aveva ricavato la titolarità a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad avvalersi di tutti i mezzi di impugnazione del provvedimento cautelare, dall'art. 322-*bis* c.p.p.; la norma annovera, tra i soggetti legittimati a proporre impugnazione, anche la persona che ha diritto alla restituzione delle cose sequestrate, qualifica rivestita dal curatore: a questi spetta, infatti, la disponibilità oltre che l'amministrazione dei beni parte dell'attivo fallimentare (artt. 31, 42 e 43 l. fallimentare) e la correlata la funzione di sua salvaguardia. Tale posizione, in particolare, fonda l'attualità dell'interesse a rimuovere vincoli che possano incidere sulla valutazione della consistenza patrimoniale dell'attivo. Senza entrare nel dettaglio della complessa questione affrontata dalla precedente giurisprudenza con alterne e discordanti soluzioni, basta rilevare che il punto di convergenza tra la disciplina innovata e l'approdo interpretativo citato è costituito dalla doverosa tutela degli interessi dei creditori coinvolti nella procedura concorsuale.

L'impugnativa non ha effetto sospensivo né si esige l'enunciazione dei motivi a sostegno: come è noto, il riesame è mezzo di impugnazione totalmente devolutivo che instaura un controllo senza porre limiti alla cognizione di merito del giudice.

Competenza a decidere e procedura sono quelle indicate dalle norme codicistiche richiamate (art. 322 c.p.p. che rinvia all'art. 324 c.p.p.): competente è il tribunale, in composizione collegiale, del capoluogo della provincia nella quale ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato; il procedimento si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'art. 127 c.p.p. e con le garanzie difensive e gli adattamenti sanciti dall'art. 324 (commi 6 e 7) c.p.p. norma che, a sua volta, rinvia alle disposizioni dettate dall'art. 309 commi 9, 9-*bis* e 10 c.p.p. per il procedimento di riesame in materia di misure cautelari coercitive. Va precisato che sia la norma dell'art. 324 comma 7 c.p.p. sia quella dell'art. 309 c.p.p. sono state innovate dalla l. 16 aprile 2015 n. 47. Alla prima si è aggiunto il riferimento espresso al comma 9-*bis* dell'art. 309 c.p.p.; quanto a quest'ultima (art. 309 c.p.p.), da un lato, si è riconosciuto all'imputato il diritto al differimento dell'udienza al fine di apprestare la propria difesa (comma 9-*bis*) e, dall'altro, si è sancito il potere di annullamento, in luogo di quello di integrazione, del provvedimento cautelare in assenza di una autonoma valutazione dei suoi presupposti oltre che per gravi vizi di motivazione (comma 9); inoltre si è preclusa la rinnovazione della misura, salvo che per eccezionali esigenze cautelari in caso di sua caducazione per

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

inosservanza dei termini prescritti per trasmissione atti dal comma 5, decisione e relativo deposito (comma 10).

Circa la loro applicabilità in sede di riesame reale si è pronunciata la Corte di cassazione (Cass., sez. un., 31 marzo 2016, Capasso): ribadita l'autonomia della sua regolamentazione rispetto alla omologa procedura dettata per le cautele personali, si sono ritenute compatibili le statuizioni dei commi 9 e 9-*bis* dell'art. 309 c.p.p., ma si è esclusa l'operatività della perdita di efficacia del titolo cautelare e conseguente preclusione contemplate nel comma 10 dell'art. 309 c.p.p., questa da intendersi richiamata nella sua versione originaria, priva, appunto, di simili prescrizioni. Pertanto anche l'ente, similmente all'imputato, può avvalersi dell'incremento di garanzie difensive (art. 309 comma 9-*bis* c.p.p.) nonché dell'annullamento del provvedimento di sequestro alle condizioni indicate (art. 309 comma 9 c.p.p.); nondimeno, a differenza di quanto accade per l'imputato, per l'ente non si verifica alcuna perdita di efficacia a causa dell'inosservanza dei termini che contrassegnano la procedura di riesame reale: questi sono confermati nella loro natura meramente ordinatoria e resta irrilevante il correlativo divieto di rinnovazione della misura (art. 309 comma 10 c.p.p.).

L'appello è mezzo di impugnazione "residuale", vale a dire esperibile fuori dei casi per cui è ammesso il riesame. Può, quindi, essere proposto avverso le ordinanze che respingono la richiesta di sequestro avanzata dal pubblico ministero, quelle di revoca o di rigetto della richiesta di revoca della misura. Legittimazione all'appello e competenza a decidere sono le medesime indicate per il riesame (art. 322-*bis* c.p.p.). Pressoché identica anche la procedura, salve le varianti riguardanti il termine (venti anziché dieci giorni) entro cui deve intervenire la decisione (art. 310 comma 2 c.p.p. richiamato dall'art. 322-*bis* c.p.p.). Della innovazione, introdotta dalla l. n. 47 del 2015 circa i termini per il relativo deposito si è già detto trattando dell'appello in materia di misure interdittive e a quanto osservato si fa rinvio (v., *supra*, cap. XVI, § 18).

Il ricorso per cassazione è l'impugnazione che si propone avverso l'ordinanza pronunciata in sede di riesame e nei confronti di quella adottata in appello. Sul punto, in realtà, manca un chiaro riferimento normativo dal momento che la disposizione dell'art. 53 omette di richiamare proprio la corrispondente previsione codicistica (art. 325 c.p.p.). L'esperibilità del ricorso è, tuttavia, ammessa sia dalla dottrina (F. Lattanzi) sia dalla giurisprudenza (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.p.a.) anche se diversa è la soluzione prospettata e differenti sono le conseguenze. La prima ritiene di poter fare leva sulla

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

catena dei rinvii che si ricavano dall'art. 53: il richiamo diretto agli artt. 322 e 324 c.p.p. porta al richiamo indiretto dell'art. 127 c.p.p. e in particolare al suo comma 7 che prevede il ricorso per cassazione per tutti i casi previsti dall'art. 606 c.p.p. La giurisprudenza ritiene, al contrario, che l'art. 53 opera un rinvio alla disciplina complessiva delle cautele reali compresa la disposizione dell'art. 325 c.p.p. che regola il ricorso per cassazione, consentito anche *per saltum* ma comunque limitato ai soli vizi di legittimità, con esclusione quindi di quelli attinenti ai vizi di motivazione. Entrambe le interpretazioni forzano il dettato normativo, ma certamente quella patrocinata dalla giurisprudenza appare preferibile poiché offre il vantaggio di rendere il regime del ricorso per cassazione in tema di sequestro preventivo omogeneo a quello stabilito per le cautele interdittive, anch'esso circoscritto alle violazioni di legge (art. 52) anche se resta salva la possibilità del ricorso *per saltum* solamente per la misura reale.

6. Il sequestro conservativo: finalità e oggetto.

Il sequestro conservativo è misura cautelare reale preordinata a vincolare la disponibilità di certi beni riconducibili all'ente così da "conservarli" a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato (art. 54). La sua finalità, come si vede, è pur sempre in connessione con la sanzione, in particolare quella pecuniaria che riveste un ruolo privilegiato nell'ambito dello strumentario punitivo dell'ente poiché « sempre » da irrogare in caso di sua condanna (art. 10 comma 1). Come il sequestro preventivo tutela l'esecuzione della futura confisca, così quello conservativo salvaguarda l'esecuzione della sanzione pecuniaria, entrambe di applicazione obbligatoria ove accertata la responsabilità dell'ente.

La sua regolamentazione è racchiusa nell'art. 54, norma che riproduce quasi pedissequamente (salvo riferirsi all'ente anziché all'imputato) la disposizione dell'art. 316 comma 1 c.p.p. oltre a rinviare alle altre dettate dal codice di rito per l'omologa misura. Da essa si ricava che l'iniziativa è monopolio del pubblico ministero, come conferma il mancato richiamo proprio della statuizione che riconosce la legittimazione anche del danneggiato costituitosi parte civile (art. 316 comma 2 c.p.p.). Una omissione, questa, che ha fornito argomenti alla tesi che esclude l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente per l'illecito amministrativo dipendente dal reato nel processo *de societate* (v., *supra*, cap. XIV, § 10).

La richiesta può essere avanzata « in ogni stato e grado del processo di merito » (art. 316 comma 1 c.p.p.), si colloca, pertanto, necessariamente dopo l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'imputato e dopo la contestazione dell'illecito all'ente, con esclusione della fase delle indagini preliminari. Oggetto della cautela reale sono beni mobili e immobili dell'ente o anche somme di denaro o cose allo stesso dovute, in sostanza il sequestro conservativo vincola la libera disponibilità del suo patrimonio a tutela dei crediti vantati dallo Stato, da considerarsi privilegiati rispetto ad ogni altro sia precedente non privilegiato sia sorto successivamente alla applicazione della cautela. Il rischio che la misura reale finisca con il sovrapporsi alla cautela interdittiva della revoca dei finanziamenti di cui all'art. 9 comma 2 lett. *d*, va senz'altro escluso: in questo senso depone la diversità tanto della finalità tanto dei presupposti delle due cautele. La misura interdittiva mira, infatti, ad evitare il rischio che l'ente commetta illeciti della stessa indole di quelli per cui si procede, mentre quella reale « intende cautelare il pericolo di dispersione delle garanzie per il pagamento delle somme comunque dovute all'erario, tipicamente ricorrente in caso di difficoltà economica o di decozione della società beneficiaria » dei finanziamenti (G.i.p. Trib. Ivrea 12 maggio 2005).

7. I presupposti e il procedimento.

Fumus commissi delicti e *periculum in mora* stanno a base della applicazione del sequestro conservativo integrandone i presupposti.

Il primo si risolve nella valutazione prognostica e in chiave indiziaria di elevata probabilità che l'ente sia responsabile dell'illecito, già implicita nella imputazione/contestazione formulata dal pubblico ministero dopo la quale solamente può essere avanzata la sua richiesta di disporre il sequestro conservativo. Il *periculum* attiene alle « fondate ragioni di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie » di quanto dovuto in ogni caso allo Stato come testualmente dispone l'art. 54 volendo accentuare la finalità conservativa della misura; per questo motivo, come già rilevato, i crediti vantati dallo Stato si considerano privilegiati rispetto ad ogni altro sia precedente non privilegiato sia sorto successivamente alla applicazione della cautela (art. 316 comma 4 c.p.p.).

Quanto al procedimento, valgono le regole sancite dalla disciplina codicistica richiamata (art. 317 c.p.p.). Il provvedimento che dispone il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sequestro assume la forma dell'ordinanza e la competenza è del giudice che procede (comma 1), vale a dire spetta al giudice delle indagini preliminari dopo il provvedimento che dispone il giudizio e prima della trasmissione degli atti al giudice competente per il giudizio stesso; al giudice che ha pronunciato la sentenza, sempre prima della trasmissione degli atti al giudice dell'impugnazione e a questo dopo tale adempimento. Anche in relazione a questa misura reale si prescinde dalla udienza camerale e soprattutto dal contraddittorio preventivo (art. 47), soluzione corretta alla luce della sua natura di "atto a sorpresa".

L'applicazione del sequestro conservativo può, tuttavia, essere evitata solo che l'ente offra cauzione idonea a garantire i crediti per la cui tutela è prevista l'apposizione del vincolo cautelare: in tal caso il giudice, appunto, dispone con decreto motivato che non si faccia luogo al sequestro stabilendo inoltre le modalità con cui la cauzione deve essere prestata (art. 319 comma 1 c.p.p.). L'istituto soddisfa l'esigenza dell'ente di non vedere compromessa la sua attività economica e al tempo stesso la finalità cautelare cui è orientata la misura, obiettivi analoghi a quelli perseguiti dall'istituto della sospensione delle misure interdittive (art. 49) che rendono certamente compatibile la sua operatività nel contesto cautelare *de societate*.

8. L'estinzione.

L'offerta di idonea cauzione da parte dell'ente assume rilevanza anche ad altri fini oltre a quello di neutralizzare l'applicazione del sequestro conservativo. Se proposta successivamente alla applicazione della cautela reale, incide appunto sul sequestro conservativo già disposto provocandone la revoca. Questa è configurata quale fattispecie estintiva della misura che può avere luogo in due evenienze in dipendenza del momento nel quale l'ente formula la sua offerta. La proposta, difatti, può essere avanzata tanto contestualmente alla richiesta di riesame — impugnazione sulla quale ci si soffermerà tra breve — tanto in ogni stato e grado del processo in corso di svolgimento (art. 319 commi 2 e 3 c.p.p.). Poiché la cauzione garantisce di per sé le finalità cautelari della misura, si prescrive che il giudice, accertata la sua idoneità a soddisfare i crediti per i quali è stato applicato il vincolo, disponga la revoca del sequestro conservativo.

L'esecuzione della misura può cessare, inoltre, per effetto della pronuncia di determinati provvedimenti e, in particolare, di quelli "favorevoli" all'ente. Si tratta della sentenza che esclude la sua respon-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sabilità (art. 66) e della sentenza di non doversi procedere per decadenza dalla contestazione (art. 67), ipotesi espressamente contemplate dall'art. 68, norma speciale che, pertanto, prevale su quella codicistica corrispondente anche se richiamata. (art. 317 comma 4 c.p.p.). La loro ragione giustificativa e l'ambito di estensione che si deve assegnare a queste fattispecie di estinzione sono state illustrate nei precedenti paragrafi (v., *supra*, cap. XVI, § 17) ai quali si fa rinvio.

9. Le impugnazioni.

Il riesame è l'unico mezzo di impugnazione di merito attivabile nei confronti dell'ordinanza che dispone il sequestro conservativo secondo quanto si ricava dalla norma dell'art. 54 che richiama quella codicistica riferita all'omologo sequestro (art. 318 c.p.p.). La previsione del riesame svolge anche in questo caso una funzione compensativa della garanzia, del contraddittorio preventivo, mancante in sede di applicazione della misura. Legittimazione alla impugnativa, competenza e relativa procedura sono le medesime stabilite per il riesame avverso il decreto di sequestro preventivo (v., *supra*, § 5).

Resta da dire del ricorso per cassazione a proposito del quale sono state prospettate interpretazioni divergenti, anche se univoche nella conclusione di ammetterne l'esperibilità. Poiché nessuna disposizione prevede espressamente questo mezzo di impugnazione, taluna dottrina l'ha ricavato dalla norma dell'art. 52 — considerata speciale e di applicazione generalizzata a tutte le misure cautelari (interdittive e reali, per le quali sarebbe ammissibile soltanto l'appello) — che difatti rimanda all'art. 325 c.p.p. (Peroni); altra (F. Lattanzi), invece, si è avvalsa della catena dei rinvii che dall'art. 54 — mediante richiamo all'art. 318 c.p.p. e, quindi, all'art. 324 comma 2 c.p.p. — portano all'art. 127 comma 7 c.p.p. Come si è osservato, la conclusione è identica, ma mutano le conseguenze circa l'area dei vizi censurabili con il ricorso per cassazione: solo violazioni di legge, stando alla prima tesi; tutti i motivi *ex* art. 606 c.p.p., vizi di motivazione inclusi, stando alla seconda. Nessuna delle due impostazioni in realtà risulta soddisfacente; pare comunque preferibile seguire l'indicazione suggerita dalla giurisprudenza a proposito del sequestro preventivo e affermare che, anche con riguardo a quello conservativo, la lettura sistematica della norma dell'art. 54 comporta il rinvio complessivo al regime delle impugnazioni previste dal codice di rito: ciò consentirebbe l'applicabilità dell'art. 325 c.p.p. con la conseguenza di uniformare il regime del ricorso per

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

cassazione in tema di cautele reali (sequestro preventivo e conservativo) a quello stabilito per le cautele interdittive, anch'esso circoscritto alle violazioni di legge (art. 52); resta esclusa, per il sequestro conservativo, la possibilità del ricorso *per saltum* del resto nemmeno contemplata dal codice di rito.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO DICIOTTESIMO

INDAGINI E UDIENZA PRELIMINARE

SOMMARIO: 1. Le disposizioni per la fase preliminare. — 2. L'annotazione nel registro delle notizie di reato e i termini delle indagini per l'accertamento dell'illecito amministrativo. — 3. L'informazione di garanzia. — 4. Gli epiloghi delle indagini preliminari: l'archiviazione disposta dal pubblico ministero. — 5. (*Segue*): la contestazione dell'illecito amministrativo. — 6. (*Segue*): la decadenza dalla contestazione. — 7. I provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare: la sentenza di non luogo a procedere. — 8. (*Segue*): il decreto che dispone il giudizio.

1. Le disposizioni per la fase preliminare.

La strutturazione delle indagini e dell'udienza preliminare si affida a poche fattispecie (artt. 55-61), destinate ad adattare le peculiari cadenze di questo *iter* procedimentale allo schema processualpenalistico; ne risulta una disciplina che, rinviando alle disposizioni contenute nel libro V del codice di rito — in quanto compatibili (v. art. 34) —, è limitata ad alcune tipologie afferenti, da un lato, alla « annotazione » dell'illecito amministrativo, ai termini di svolgimento ed alla conoscibilità delle relative indagini (artt. 55-57), dall'altro, agli epiloghi della fase preliminare (archiviazione, contestazione dell'illecito e regole di giudizio nell'udienza preliminare: artt. 58-59 e 61). In un simile contesto, si ripropongono — inevitabilmente — taluni nodi problematici dell'architettura codicistica della fase preliminare. Anticipiamone i più rilevanti.

La prioritaria questione riguardante i tempi e le modalità con cui l'ente può venire a conoscenza che una indagine per l'accertamento dell'illecito « amministrativo » è stata avviata a suo carico (il cosiddetto « principio di contestazione ») rimane affidata — quanto a soluzione — alla richiesta di accedere, da parte della persona giuridica o del suo difensore, al registro delle notizie di reato (nel quale la notizia del suddetto illecito viene annotata: art. 55) o alla decisione del pubblico ministero sia di compiere un atto per il quale si renda necessario l'invio dell'informazione di garanzia sia di anticiparla rispetto ad esso con

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

opzione discrezionale (art. 57) (v., *infra*, § 3); dunque, come non di rado accade, è all'avvicinarsi della scadenza dei termini di indagine che la persona giuridica sarà consapevole dell'*an* e del contenuto (ipotesi di reato-presupposto da cui l'illecito dipende) di un accertamento nei suoi confronti.

In secondo luogo, il rapporto tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari — già in precario equilibrio nel codice di rito a causa degli eccessivi poteri del primo e dei poco incisivi strumenti di controllo a disposizione del secondo — viene svilito; infatti, la normativa del 2001 azzera il controllo giurisdizionale sul (mancato) esercizio dell'azione penale: è il pubblico ministero a divenire arbitro assoluto della decisione di archiviare, da lui direttamente adottata con decreto motivato (art. 58).

Inoltre, la portata probatoria degli elementi raccolti in questa fase è regolata — come si è visto (v., *supra*, cap. XIII) — dalle norme di attuazione del giusto processo (l. n. 63 del 2001). Di conseguenza, nel caso di conduzione *separata* dei procedimenti — quello sul reato-presupposto nei confronti della persona fisica e quello sull'illecito dell'ente — la trasmigrazione degli atti da uno all'altro soggiace alle regole di garanzia fissate dall'art. 238 c.p.p. (FERRUA).

Infine, l'apparato normativo inteso ad utilizzare il sapere probatorio dell'imputato, poi possibile testimone (artt. 64 comma 3 lett. *c*, 197, 197-*bis* e 210 c.p.p.), disvela connotazioni tutt'altro che garantiste: esso può applicarsi alla figura-chiave del rappresentante legale dell'ente, il cui regime processuale oscilla tra i diritti dell'imputato e i doveri del testimone (artt. 39 e 44: v., *supra*, cap. XV).

A prescindere dai suddetti profili critici, si tenga presente che la disciplina degli *organi* e dell'*attività d'indagine* ricalca in grande misura quella prevista dal codice di rito alla quale — in forza della clausola di compatibilità *ex* art. 34 — occorre fare rinvio (v. libro V del c.p.p.). Senza peraltro dimenticare che — come anticipato (v., *supra*, cap. XIII, § 2) — il tratto impersonale del soggetto collettivo preclude, *naturaliter*, lo svolgimento di atti di indagine tipicamente ritagliati sulla persona fisica, quali l'individuazione (di persone: cfr. art. 361 c.p.p.), il prelievo coattivo di campioni biologici (art. 359-*bis* c.p.p.) o l'adozione delle misure pre-cautelari (arresto e fermo). Senza dilungarci in queste (abbastanza *self-evident*) puntualizzazioni ricordiamo piuttosto che l'attività d'indagine del pubblico ministero si avvale, in linea di tendenza, di tutti gli strumenti codicistici (purché non inconciliabili con la natura della persona giuridica), ma risente di un limite: qualora l'ente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

non si sia costituito nel procedimento (art. 39) e il suo legale rappresentante risulti "incompatibile" (in quanto sottoposto ad indagini per il reato-presupposto), la mancata sostituzione di quest'ultimo (v., *supra*, cap. XIV, § 9) inibisce talune opzioni investigative come, ad esempio, l'interrogatorio.

Da non trascurare che attività di indagine può essere svolta anche dal difensore dell'ente a partire dal momento in cui l'ente stesso sia venuto a conoscenza del procedimento, ma anche in via preventiva, vale a dire in vista della sua eventuale instaurazione (art. 391-*nonies* c.p.p.). E, sino dal conferimento dell'incarico professionale, il difensore ha la facoltà di svolgere — secondo le regole e con le limitazioni previste dalla disciplina codicistica — *investigazioni difensive* (artt. 391-*bis* ss. c.p.p.) al fine di individuare e ricercare elementi di prova a favore. Il suo apporto è determinante proprio nella fase delle indagini preliminari nella quale si colloca, in prevalenza, l'eventuale applicazione di misure cautelari interdittive. Come già chiarito (v., *supra,* cap., XVI, § 9), la decisione del giudice è adottata a seguito di una udienza camerale che contempla un contraddittorio preventivo con l'ente: in questa sede l'intervento del difensore vale appunto a fornire all'autorità giudiziaria informazioni estranee alla sua conoscenza (ad es. sulla organizzazione della *societas*), ma utili a contrastare l'iniziativa cautelare o anche a orientare verso soluzioni meno incisive (ad es. sospensione della misura applicata *ex* art. 45, commissariamento giudiziale *ex* art. 49).

È ancora da precisare che tanto il pubblico ministero quanto il difensore dell'ente possono promuovere, alle condizioni normativamente stabilite, incidente probatorio (art. 392 c.p.p.), istituto preordinato alla formazione anticipata della prova, certamente compatibile con l'assetto del processo *de societate*.

Da ultimo, un richiamo ai risvolti premiali della normativa. È nel corso dell'indagine che sono adottati i provvedimenti più incisivi sull'attività o sul patrimonio dell'ente inquisito (cautele interdittive o commissariamento giudiziale, sequestro preventivo funzionalizzato alla confisca); specularmente, il sistema "alletta" il futuro imputato con l'opportunità di compiere le attività riparatorie *ex* art. 17 per beneficiare di un sollievo ora nel trattamento cautelare, indi in quello sanzionatorio (v. artt. 49, 65 e 78). La scelta legislativa è certamente coerente con la finalità specialpreventiva del complessivo "rito 231": presenta, tuttavia, un evidente punto critico dal momento che all'ente si chiede di riparare le conseguenze dell'illecito da reato in via antici-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

pata rispetto al suo accertamento, anche con sentenza non definitiva. A questo aspetto si aggiunga un ulteriore e delicato profilo della prassi applicativa. Non è escluso che il pubblico ministero non riesca a raccogliere elementi probatori contro l'autore del reato-presupposto; la regola dell'autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8) consentirà all'organo dell'accusa di avviare comunque l'indagine contro il secondo; e ben potrebbe accadere che l'inquirente adombri al titolare dell'impresa (a sua volta sottoposto ad indagine) le conseguenze del procedimento *contra societatem*: il risultato che si prefigge questa tattica è di orientare le scelte difensive dell'imprenditore indagato verso dichiarazioni auto o etero accusatorie (che, se rilasciate, otterranno — quale "corrispettivo" — indulgenza nei confronti della posizione processuale della *societas*). È dunque in questa fase che si gioca una partita la cui posta principale è — sul piano dei diritti — la presunzione di non colpevolezza, una garanzia a tutela sia della persona fisica sia dell'ente, la quale preclude di assimilare l'imputato al colpevole e, quindi, non solo di anticipare l'applicazione della sanzione nella forma di misura cautelare, ma anche di pretendere comportamenti (« riparatori ») che danno per scontata una responsabilità non ancora accertata.

2. L'annotazione nel registro delle notizie di reato e i termini delle indagini per l'accertamento dell'illecito amministrativo.

Ancoraggio dei termini di accertamento dell'illecito « amministrativo » a quelli per lo svolgimento delle indagini sul reato da cui il primo dipende e ostensibilità di quanto contenuto nel registro delle *notitiae criminis* costituiscono i tratti caratteristici delle scelte compiute dal legislatore delegato nel disegnare la sagoma dell'istruttoria sulla responsabilità dell'ente.

L'annotazione dell'illecito « amministrativo » (art. 55), l'identificazione del termine per l'accertamento del medesimo (art. 56) e l'istituto dell'informazione di garanzia (art. 57), rappresentano la triade delle disposizioni cardine espressamente sancite, da integrare con la normativa codicistica corrispondente. Lo richiede non solamente l'esigenza di colmare, mediante il raccordo generale dell'art. 34, i vuoti di una disciplina scarna di previsioni puntuali, ma soprattutto la necessità di realizzare quella parificazione dell'ente all'imputato stabilita dall'art. 35: in sostanza, anche alla *societas* devono essere offerte le medesime garanzie spettanti alla persona fisica in quanto connesse allo *status* processuale di imputato. Occorre rilevare, comunque, come dalla citata equiparazione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(art. 35), e dalla coniugazione di talune regole processuali con la duplice natura della fattispecie oggetto d'indagine (reato-presupposto — illecito « amministrativo »), discendano peculiari regole.

Da osservare innanzi tutto che l'annotazione costituisce il punto di avvio della attività di indagine e rappresenta l'equivalente della iscrizione della notizia di reato *ex* art. 335 c.p.p. rispetto alla quale è autonoma e distinta. Stando all'art. 55, il pubblico ministero — il quale acquisisce la notizia dell'illecito « amministrativo » dipendente da reato (art. 55) utilizzando gli ordinari canali previsti dal codice di rito (v. titoli II e III del libro V) — provvede « immediatamente » alla annotazione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. L'annotazione è compiuta secondo le regole previste dagli artt. 3 e 4 del d.m. n. 201 del 2003 sui registri in materia penale (i quali rinviano agli artt. 2, 3 e 29 del regolamento per l'esecuzione del c.p.p.). La formulazione letterale della norma (art. 55) è chiara nel configurarla come adempimento obbligatorio — così come l'iscrizione della notizia di reato — e quindi sottratta alla disponibilità del pubblico ministero. Nonostante ciò, nella prassi è invalsa la convinzione che sia atto riservato alla sua valutazione discrezionale: la sostanziale elusione dell'obbligo di annotazione è confermata da dati ufficiali (v. Bilancio sociale della Procura presso il Tribunale di Milano del 2019-2020) e da una applicazione minimale, oltre che disomogenea, del d.lgs. n. 231 del 2001 sull'intero territorio nazionale. Si tratta di una impropria e censurabile (auto)attribuzione al pubblico ministero di scelte di politica criminale che provoca la vanificazione dello stesso sistema preventivo messo a punto dal legislatore (Ceresa-Gastaldo).

Oggetto di annotazione sono gli elementi identificativi dell'ente insieme, ove possibile, con le generalità del suo legale rappresentante — tramite questi, se non imputato del reato-presupposto, la *societas* può partecipare al procedimento penale — e, infine, il reato dal quale l'illecito dipende, previsione questa da cui si ricava sia che l'iscrizione del reato è già avvenuta sia che annotazione e iscrizione possono essere contestuali. Fermo restando che il reato deve essere riconducibile al catalogo di quelli annoverati come presupposto della responsabilità dell'ente, si deve precisare che, stante il principio di autonomia *ex* art. 8, non è necessario che sia già stata individuata la persona fisica suo presunto autore.

Circa i presupposti che fanno scattare l'obbligo di annotazione, un'utile indicazione è offerta da quanto sancito dall'art. 335 c.p.p., come modificato dalla recente *riforma Cartabia*, con riguardo all'omo-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

loga notizia di reato. La norma specifica, infatti, che il pubblico ministero iscrive ogni notizia di reato « contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile a una fattispecie incriminatrice » escludendo sia una iscrizione automatica sulla base di semplici sospetti sia la pretesa di un livello qualificato di gravità indiziaria. Occorre, quindi, che siano ravvisabili, secondo tali connotati, gli elementi della fattispecie tipica della responsabilità dell'ente: deve trattarsi di un reato, come si è detto, appartenente al novero di quelli presupposto, commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da soggetto inserito nella compagine sociale nel ruolo di apicale o subordinato.

Il riferimento alla necessità di annotare gli « elementi identificativi » dell'ente sottende l'impossibilità di procedere contro una *societas* ignota (a maggior ragione, non si potrebbe — in tale eventualità — ipotizzare l'esistenza dei requisiti essenziali dell'illecito, cioè l'interesse o il vantaggio di cui all'art. 5). È possibile che il nome del rappresentante legale emerga in un momento successivo: l'annotazione andrà, in questo caso, aggiornata; analogamente si procederà in caso di vicende modificative dell'ente.

L'annotazione deve essere effettuata « immediatamente » come dispone l'art. 55 che riproduce la medesima formula impiegata dall'art. 355 c.p.p.: anche nel contesto *de societate* si è voluto rimarcare l'urgenza dell'adempimento così da salvaguardare la funzione di garanzia della annotazione. Come si chiarirà tra breve, da essa decorrono i termini di durata delle indagini per « l'accertamento » dell'illecito amministrativo (art. 56) e si rende possibile per l'ente conoscere l'esistenza del procedimento (art. 55 comma 2): è evidente che una annotazione tardiva comporta sia l'aggiramento dei termini di legge sia il pregiudizio dei diritti difensivi. A garantire il rispetto di questa esigenza di tempestività possono operare ora i nuovi istituti che la *riforma Cartabia* ha messo a punto con riguardo all'assetto codicistico nel quale la medesima esigenza si è manifestata ed è rimasta ampiamente frustrata per la mancanza di rimedi normativi.

Da osservare che la riforma citata ha provveduto a rafforzare, in generale, il ruolo del giudice delle indagini preliminare allo scopo di meglio tutelare i diritti difensivi della persona indagata nel rapporto con i poteri del pubblico ministero. Si collega a questo intervento di riequilibrio, la funzione di controllo del giudice sia sulla tempestività sia sulla completezza della iscrizione della notizia di reato: le disposizioni introdotte, certamente applicabili anche alla annotazione *ex* art.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

55 mediante il generale rinvio di cui all'art. 34, sono racchiuse rispettivamente nell'art. 335-*quater* c.p.p. e nell'art. 335-*ter* c.p.p. Di questa complessa disciplina, sul punto basta segnalare che al giudice è attribuito un potere di retrodatazione della notizia di reato per il caso in cui riscontri un « ritardo inequivocabile e ingiustificato » (art. 335-*quater* comma 2 c.p.p.). Da precisare che, una volta che si è garantita questa verifica giurisdizionale, si deve anche ammettere che lo stesso pubblico ministero possa rimediare a un suo ritardo indicando, all'atto della iscrizione/annotazione, la data anteriore dalla quale deve intendersi effettuata (art. 335 comma 1-*ter* c.p.p.).

Dall'annotazione decorre il termine per l'accertamento dell'illecito « amministrativo » che l'art. 56 individua in relazione al termine per lo svolgimento delle indagini circa il reato da cui l'illecito stesso dipende cosicché, per mezzo di tale soluzione, l'indagine risulta ancorata, quanto a durata, ai tempi dell'investigazione sul reato-presupposto (RELAZIONE). Il riferimento testuale (comma 1) agli « stessi termini delle indagini preliminari » anziché alle norme corrispondenti, non impedisce di ritenere richiamate anche le modifiche introdotte successivamente al riguardo: ci si riferisce, in particolare, alla nuova articolazione dei tempi di durata contemplati dall'art. 405 comma 2 c.p.p., come riformulato dalla *riforma Cartabia*. È interessante osservare come anche questo parallelismo normativo faccia emergere il *favor* del sistema per la riunione dei procedimenti (v. art. 38 comma 1).

Resta ancora un profilo da segnalare: è strettamente collegato ai termini di durata delle indagini, ma si riferisce alle determinazioni (archiviazione/esercizio dell'azione penale) che il pubblico ministero deve assumere una volta che gli stessi siano scaduti (art. 407-*bis* comma 2 c.p.p.). Sul punto, la citata *riforma Cartabia* è intervenuta a regolare questo momento di passaggio tra conclusione delle indagini e scelte del pubblico ministero: nella realtà applicativa, infatti, si sono verificati casi di sua inerzia protratta e ingiustificata tale da determinare la stasi del procedimento. Il legislatore ha inteso porre rimedio a questa situazione che, come è evidente, pregiudica celerità ed efficienza, obiettivi generali della complessiva riforma e compromette i diritti difensivi dell'indagato.

Si tratta di esigenze non estranee al contesto *de societate* poiché anche in relazione all'ente la legge deve assicurare la ragionevole durata del procedimento (art. 111 comma 2 Cost.): nessuna incompatibilità (art. 34) ostacola l'applicazione delle nuove regole al fine di contrastare un fenomeno di stasi ingiustificata. La disciplina che è racchiusa nell'art. 415-*ter* c.p.p. si presenta complessa e macchinosa sebbene

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

parzialmente semplificata dai correttivi apportati in seguito (d.lgs. 19 marzo 2024 n. 31); di essa — in questa sede — è sufficiente indicare in sintesi le soluzioni sancite per rimuovere la situazione di "stallo": si prevede comunque la messa in mora del pubblico ministero, obbligato ad assumere le determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale entro un termine non superiore a venti giorni, su ordine del giudice, sollecitato dall'ente cui è riconosciuto il diritto a tale richiesta (comma 4), o, in alternativa, su ordine del procuratore generale della Repubblica (comma 5).

Le informazioni annotate nel registro delle notizie di reato possono essere comunicate all'ente o al suo difensore che ne facciano richiesta: l'esplicito rinvio — contemplato dal comma 2 dell'art. 55 — alla disciplina dell'art. 335 c.p.p. rende applicabili tanto i limiti di conoscibilità (comma 3 dell'art. 335 c.p.p.), quanto il potere di secretazione del pubblico ministero sulle iscrizioni (comma 3-*bis* della norma medesima). Laddove il reato-presupposto contestato non appartenga al catalogo di quelli per cui l'art. 407 comma 2 lett. *a* c.p.p. preclude la comunicazione delle iscrizioni contenute nel registro (si pensi, a titolo d'esempio, alla maggior parte di quelli di terrorismo o contro la personalità individuale elencati — rispettivamente — dagli artt. 25-*quater* e 25-*quinquies*), l'annotazione sarà comunicata all'ente o al difensore che ne facciano richiesta. Qualora invece sussistano specifiche esigenze attinenti all'attività d'indagine, residua in capo al pubblico ministero il potere di disporre il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi (a decorrere dalla richiesta) e non rinnovabile: ne risulta dunque coperta anche l'annotazione dell'illecito « amministrativo ».

La richiesta di cui all'art. 55 comma 2 consente alla difesa dell'ente di realizzare un duplice obiettivo. Accedendo ai dati inerenti alle iscrizioni della notizia di reato e dell'illecito « amministrativo » essa può, in primo luogo, controllare i tempi di svolgimento dell'accertamento preliminare e attivare, se del caso, la procedura di retrodatazione della annotazione alle condizioni e con le modalità stabilite normativamente (art. 335-*quater* c.p.p.) (v., *supra*); ma, soprattutto, può venire a conoscenza della pendenza del procedimento medesimo fuori dei casi e dei limiti contemplati dall'art. 369 c.p.p.: a quest'ultima disposizione, infatti, l'informazione di garanzia di cui all'art. 57 fa implicitamente rinvio (l'avviso sarà pertanto inviato all'ente dal pubblico ministero quando decida di svolgere un atto al quale il difensore ha diritto di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

assistere o, a sua discrezione, anche anticipatamente: per approfondimenti, v. § successivo).

Il pubblico ministero compie, dal suo canto, l'accertamento dell'illecito « amministrativo » negli stessi termini stabiliti — lo si è anticipato — per l'indagine sul reato-presupposto (art. 56 comma 1): per individuarli bisognerà quindi fare riferimento all'art. 405 comma 2 c.p.p. come modificato da ultimo, tenendo presente che il *dies a quo* decorre dalla annotazione prevista dall'art. 55.

Nulla viene specificato circa la possibilità, i presupposti e le forme di eventuali proroghe dei termini; il principio della generale applicazione delle norme codicistiche, « in quanto compatibili » (art. 34), conduce a conclusioni affermative sul punto (confortate da un passaggio della Relazione in cui si afferma che sono « comprese le proroghe »); da tenere presente che la *riforma Cartabia* ha reso più restrittivo il relativo regime: anche per l'ente sarà ammissibile una sola proroga della durata non superiore a sei mesi e unicamente in relazione a indagini complesse in linea con quanto stabilito dall'art. 406 c.p.p. circa i termini ordinari (v., anche l'art. 407 c.p.p. quanto alla proroga dei termini massimi delle indagini); la richiesta di proroga va notificata all'ente e al suo difensore.

Gli atti d'indagine compiuti dopo la richiesta di proroga — e prima della comunicazione del provvedimento del giudice — sono « comunque utilizzabili » salvo il caso in cui, non andata a buon fine la richiesta di proroga, essi siano successivi alla data di scadenza del termine originario d'indagine (art. 406 comma 8 c.p.p.). Trova anche spazio la sanzione di inutilizzabilità prevista per gli atti d'indagine compiuti fuori dei termini stabiliti (v. art. 407 comma 3 c.p.p.): ciò accadrà quando il pubblico ministero non abbia contestato l'illecito, ai sensi dell'art. 59, o decretato l'archiviazione, *ex* art. 58, nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice (Bricchetti).

3. L'informazione di garanzia.

La funzione dell'informazione di garanzia (art. 57) è duplice: da un lato consente alla persona giuridica sottoposta alle indagini di venire a conoscenza della pendenza del procedimento volto all'accertamento dell'illecito « amministrativo », dall'altro la pone nelle condizioni di esercitare il suo diritto di difesa. A questo istituto è dedicata la norma dell'art. 57 che, in realtà, si limita a indicare gli specifici elementi che deve contenere « l'informazione di garanzia inviata all'ente »: si deve

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

perciò ritenere che la sua disciplina sia composta delle previsioni codicistiche dettate per l'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.) — per rinvio implicito *ex* art. 34 — alle quali si aggiungono quelle espressamente sancite dalla norma. Su queste ultime ci si soffermerà più avanti. Quanto alle prime occorre tenere presente che la recente l. 9 agosto 2024 n. 114 ha ampiamente modificato la regolamentazione della informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.) allo scopo di accentuare la sua finalità di tutela del diritto di difesa: poiché la medesima tutela spetta all'ente, le innovazioni introdotte operano senz'altro anche nei suoi confronti; rimane da verificare quali siano le sue ricadute nel contesto *de societate*.

Procedendo con ordine, interessa segnalare, in primo luogo, la variazione riferita il momento dell'invio della informazione. In precedenza, al pubblico ministero era consentito inviarla « solo » quando doveva compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere; nella nuova versione dell'art. 369 comma 1 c.p.p., il limite temporale è venuto meno e, pertanto, attualmente l'informazione di garanzia può essere notificata indipendentemente dal (anziché "solo" al) compimento di un atto garantito. Nonostante la lodevole intenzione perseguita, è palese che, anche dopo questa modifica, il pubblico ministero resta arbitro come prima: dipende sempre dalla sua valutazione discrezionale sia compiere un atto garantito, che lo obbliga alla notifica della informazione di garanzia, sia anticiparla a prescindere da esso, qui l'adempimento è previsto come facoltativo. La medesima conclusione vale anche nel procedimento *de societate*: la possibilità che l'ente conosca l'esistenza di un'indagine a suo carico resta subordinata alla scelta discrezionale del pubblico ministero tanto di compiere un atto garantito, per il quale è prevista l'assistenza del difensore (per gli atti in questione, v. artt. 360, 364 e 365 c.p.p.), tanto di notificare l'informazione di garanzia in un momento antecedente e svincolato da esso.

Una ulteriore innovazione rilevante riguarda il contenuto stesso della informazione: oltre alla indicazione — già contemplata — delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto e all'invito — confermato — a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia, si richiede la « descrizione sommaria del fatto » (art. 369 comma 1 c.p.p.). È evidente che si è voluto garantire il diritto dell'indagato di difendersi mettendolo al corrente di ciò che gli è addebitato: il nuovo contenuto della informazione di garanzia giova anche all'ente, ma non si può affermare che il suo diritto di difendersi sia ora tutelato più compiutamente. In generale, sia per la persona fisica

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

che per quella giuridica, è chiaro che sulla completezza della descrizione del fatto può incidere l'esigenza del pubblico ministero di non pregiudicare la sua strategia investigativa con anticipazioni approfondite: l'efficacia della innovazione resta anche in questo caso nelle mani del titolare dell'accusa. In particolare, quanto all'ente, conta la conoscenza della identità della persona (fisica) alla quale è attribuito il reato presupposto: tuttavia questo dato non è espressamente previsto né si può desumere indirettamente. La conseguenza è, come prima, una compromissione del diritto di difesa dell'ente — sotto il profilo della conoscenza degli elementi costitutivi dell'addebito — in quanto la sua responsabilità assume connotazioni diverse a seconda della qualifica (apicale o subordinata) dell'autore del reato.

Per completare il quadro delle modifiche introdotte dalla l. n. 114 del 2024 che si riflettono anche sulla informazione di garanzia destinata all'ente, occorre segnalare il divieto di sua pubblicazione, anche parziale, fino a che non siano concluse le indagini preliminari o fino al termine della udienza preliminare (art. 360 comma 1-*quinquies* c.p.p.): il divieto attiene alla pubblicazione del testo dell'atto, mentre resta ferma la possibilità di pubblicare il suo generico « contenuto » a norma dell'art. 114 comma 7 c.p.p. Evitare strumentalizzazioni — quelle verificatesi nella prassi — nella divulgazione di un atto posto a « tutela del diritto di difesa » (finalità messa in evidenza dal recente legislatore: così l'*incipit* dell'art. 360 comma 1 c.p.p. riformato), è lo scopo della nuova regola: di questa si avvantaggia certamente anche la *societas* indagata.

Ancora qualche notazione attinente alla informazione di garanzia per l'ente, sempre ricavata dalla disciplina codicistica, ma nella formulazione originaria e non modificata dell'art. 369 c.p.p. Anzitutto, l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, la data e il luogo del fatto — riferite al reato presupposto — deve necessariamente includere la specificazione di una (o più) delle *figurae criminis* di cui agli artt. 24 ss. che fondano la responsabilità per l'illecito « amministrativo ». Inoltre, a proposito dell'invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia tuttora previsto, si impone un raccordo con la disciplina delle modalità di costituzione nel procedimento di cui all'art. 39 comma 2, ove sono regolate le forme per il conferimento dell'incarico difensivo: il loro rispetto è stabilito a pena d'inammissibilità dell'atto di costituzione (v., *supra*, cap. XIV, § 5), mentre la nomina del difensore di fiducia deve obbedire, in caso di mancata costituzione, alle modalità dettate dall'art. 96 c.p.p.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Come si è accennato, per l'informazione di garanzia da inviare all'ente, la norma dell'art. 57 detta, in funzione integrativa, previsioni ulteriori e specifiche: si tratta di due adattamenti alle peculiarità del procedimento *de societate* entrambi concernenti l'ossatura dell'istituto.

La prima nota distintiva — rispetto alla disciplina ordinaria — concerne l'invito, rivolto all'ente, a dichiarare ovvero a eleggere domicilio per le notificazioni e si è già precisato che, in sua mancanza, la prima di esse è eseguita, ai sensi dell'art. 43 comma 1, in ossequio alle forme del processo civile (v., *supra*, cap. XIV, § 7) restando comunque valida — come si ricorderà — la notificazione mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Le ordinarie modalità di notificazione si applicano qualora l'ente abbia dichiarato o eletto domicilio in un atto comunicato all'autorità giudiziaria (art. 43 comma 3: a proposito del rinvio all'art. 161 c.p.p., v., i rilevi svolti *supra*, cap. XIV, § 7) e, al riguardo, va rammentato che l'elezione domiciliare deve essere contenuta — a pena di inammissibilità — nella dichiarazione di costituzione tramite la quale l'ente esplicita la volontà di partecipare al procedimento (art. 39 comma 2).

Proprio a quest'ultimo requisito si collega l'altro aspetto peculiare dell'informazione di garanzia *ex* art. 57, vale a dire l'avvertimento, rivolto alla persona giuridica che, ove decida di presenziare al procedimento, « deve depositare la dichiarazione » di cui all'art. 39 comma 2 (sulle sue implicazioni si rinvia a quanto osservato in precedenza: v., *supra*, cap. XIV, § 5).

Per concludere sul tema, resta da precisare che nulla osta all'operatività dell'istituto dell'informazione sul diritto di difesa (art. 369-*bis* c.p.p.) che deve essere inviata — a pena di nullità degli atti successivi — ogniqualvolta si pongano in essere atti garantiti (v., anche in questo caso, gli artt. 360, 364 e 365 c.p.p.). Essa deve contenere gli avvisi sui requisiti della costituzione nel procedimento (art. 39) e sui presupposti della dichiarazione di contumacia nel processo.

4. Gli epiloghi delle indagini preliminari: l'archiviazione disposta dal pubblico ministero.

L'alternativa alla contestazione dell'illecito « amministrativo » (art. 59) è rappresentata dall'archiviazione che, con una marcata anomalia rispetto alle ordinarie regole del processo penale, viene direttamente disposta dal pubblico ministero con un decreto motivato, comunicato

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

al procuratore generale presso la corte d'appello; quest'ultimo potrà tuttavia svolgere gli accertamenti « indispensabili » e, ravvisandone le condizioni, optare per l'esercizio dell'azione penale mediante la contestazione all'ente delle violazioni amministrative entro sei mesi dalla comunicazione suddetta (art. 58; v. altresì art. 4 commi 4 e 5 d.m. n. 201 del 2003).

Le giustificazioni addotte a sostegno della scelta di questo procedimento semplificato, *sottratto al controllo del giudice*, non appaiono plausibili. Si sarebbe al cospetto di « un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero » e, pertanto, apparirebbe « del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica » (RELAZIONE). La "versione ufficiale" del legislatore ripropone la *vexata quaestio* della natura della responsabilità dell'ente e dell'illecito che la fonda: non trattandosi di reato ma "soltanto" di illecito amministrativo — questa è l'argomentazione — il controllo giurisdizionale sull'inazione risulterebbe superfluo; ma, come è noto, un'eventuale soluzione del tema principale non porterebbe molto lontano l'interprete sul problema specifico della necessità (o meno) del vaglio del giudice. Tanto che la dottrina ha dubitato della legittimità costituzionale del meccanismo in parola, per contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. (FERRUA; PAOLOZZI; *contra*, AMODIO); rilievo non infondato, anche in virtù del fatto che il sistema non offre spunti per ritenere non applicabile al procedimento *contra societatem* il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale; di conseguenza, il controllo giurisdizionale sull'archiviazione andrebbe, nel caso di specie, introdotto.

Ciò rilevato, resta da verificare l'applicabilità della disciplina processuale penale agli epiloghi delle indagini con riguardo, in particolare, ai presupposti dell'archiviazione e all'avviso all'ente della conclusione delle indagini.

Per quanto riguarda le ipotesi che legittimano il decreto motivato di cui all'art. 58 occorre *distinguere* tra le vicende dell'accertamento penale del reato-presupposto e quelle concernenti l'illecito « amministrativo »; la stretta dipendenza del secondo dal primo implica riflessi sui presupposti del provvedimento di archiviazione.

Nelle *prime* rientrano le cause di improcedibilità dell'azione penale nei confronti dell'autore del reato (v. art. 37), l'estinzione del reato-presupposto per prescrizione (art. 60) e per amnistia (salvo che l'ente non vi abbia rinunciato: art. 8 commi 1 lett. *b* e 3), la sopravvenienza di una

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

legge per la quale il fatto non costituisce più reato (art. 3). Viceversa, *non* può essere disposta l'archiviazione qualora sia rimasto ignoto l'autore del reato (art. 415 c.p.p.) poiché l'art. 8 comma 1 lett. *a* afferma il principio di autonomia della responsabilità dell'ente per tale evenienza (cui sono da aggiungere le ipotesi di non imputabilità dell'autore del reato — *ex* art. 8 comma 1 lett. *a* —, la morte di quest'ultimo e l'oblazione: arg. *ex* art. 8 comma 1 lett. *b*). La medesima soluzione vale per il caso di particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. (art. 411 comma 1 c.p.p.), in quanto causa di non punibilità personale che non incide sulla esistenza del reato (v., *supra*, cap. VI, § 2).

Alle *seconde* afferiscono la prescrizione della sanzione amministrativa di cui all'art. 22 comma 1 (il termine è di cinque anni dalla data di consumazione del reato-presupposto in assenza di atti interruttivi) e la successione di leggi per cui — in relazione al reato-presupposto — non sia più prevista la responsabilità amministrativa dell'ente (art. 3).

Una considerazione a parte merita l'ipotesi generale di *infondatezza* della notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato, riferibile ai suoi elementi costitutivi — cioè al reato presupposto e ai requisiti dell'interesse o vantaggio — e corrispondente alla infondatezza della notizia di reato. Si può notare, che il legislatore del 2001 ha tralasciato di specificare in che cosa essa si sostanzia e di conseguenza il criterio idoneo a risolvere l'alternativa tra archiviazione ed esercizio della azione penale. L'omissione può essere rimediata applicando la medesima regola di giudizio operante nel procedimento a carico della persona fisica senza incontrare ostacoli di incompatibilità *ex* art. 34.

Uno spunto significativo in questo senso si ricava, infatti, dalla recente *riforma Cartabia*; questa, anzitutto, ha previsto che la medesima regola di giudizio deve guidare sia la scelta del pubblico ministero circa l'archiviazione sia la decisione del giudice della udienza preliminare di emettere la sentenza di non luogo a procedere (v., il § successivo): l'una e l'altra sono imposte « quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna » (rispettivamente, art. 408 comma 1 e art. 425 comma 2 c.p.p.). L'innovazione è finalizzata ad evitare l'instaurazione di processi "inutili" in adesione alla esigenza deflativa del dibattimento e in nome della logica efficientistica della riforma. In secondo luogo e successivamente (con il d.lgs. n. 31 del 2024), si è provveduto a stabilire espressamente che anche nel processo *de societate*, la sentenza di non luogo a procedere deve essere adottata « quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna dell'ente » (art. 61 comma 1).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

È, invece, mancato uno specifico intervento a proposito della regola di giudizio ai fini dell'archiviazione, tuttora non esplicitata dall'art. 58. Ma, per esigenze di coerenza sistematica, è difficile dubitare che ciò che nel contesto codicistico vale a uniformare la regola di giudizio rispettivamente prevista per il pubblico ministero e per il giudice, non valga anche nell'assetto *de societate*. Del resto, si deve escludere che la previsione di un controllo solamente gerarchico sulla scelta archiviativa del pubblico ministero — che certo rende il controllo stesso meno trasparente — possa autorizzare valutazioni di mera opportunità se non con il rischio di vanificare la legalità del complessivo "rito 231".

Una riflessione ora sull'istituto della riapertura delle indagini. La mancata configurazione di un controllo giurisdizionale sull'archiviazione induce a ritenere *parzialmente* incompatibile con il procedimento *de societate* la disciplina contemplata dall'art. 414 c.p.p.: ciò, con specifico riguardo alla necessità dell'autorizzazione del giudice per la riapertura dell'indagine; il pubblico ministero non può invece esimersi dall'effettuare una nuova annotazione dell'illecito nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Quanto all'interrogativo sulla operatività della disciplina dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari la risposta deve essere positiva. La sua notificazione all'ente, secondo le cadenze contemplate dall'art. 415-*bis* comma 1 c.p.p., è da ritenersi applicabile in virtù dell'estensione all'ente della disciplina relativa all'imputato (art. 35). Quando non dispone l'archiviazione, il pubblico ministero deve pertanto notificare all'ente e al suo difensore l'avviso in parola, completo delle enunciazioni e degli avvertimenti previsti dall'art. 415-*bis* commi 2 e 3 c.p.p.

Trattasi di un obbligo del pubblico ministero cui corrisponde il diritto dell'ente di essere messo a conoscenza delle risultanze investigative; per questa ragione non si può dubitare della applicabilità anche della disposizione dell'art. 415-*ter* c.p.p. introdotta dalla *riforma Cartabia*. In sostanza, nella ipotesi in cui il titolare dell'accusa, nei termini di legge, non abbia assunto le sue determinazioni (esercizio dell'azione penale/archiviazione) né notificato l'avviso di conclusione delle indagini, gli è comunque imposto di depositare la documentazione relativa alle indagini espletate e di dare immediato avviso all'ente sia dell'avvenuto deposito sia del diritto di rivolgersi al giudice: di questa iniziativa, concepita come possibile rimedio, alla stasi del procedimento, si è trattato in precedenza (v., *supra*, § 2). Resta da aggiungere che la norma (art. 415-*ter* commi 2 e 3 c.p.p.) fa salva l'eventualità di un differimento del deposito della documentazione, autorizzato dal

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

giudice delle indagini preliminari su richiesta motivata del pubblico ministero.

Da rimarcare che lo snodo di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. può rappresentare l'occasione per il rappresentante legale dell'ente — regolarmente costituitosi — di chiedere al pubblico ministero di essere sottoposto ad interrogatorio oppure di presentarsi al medesimo per rilasciare dichiarazioni spontanee.

Infine, la contestazione dell'illecito di cui all'art. 59 è inficiata da nullità qualora non venga preceduta dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero dall'invito a comparire nel caso il rappresentante legale dell'ente abbia chiesto di essere sottoposto a interrogatorio successivamente alla notificazione dell'avviso medesimo.

5. (*Segue*): la contestazione dell'illecito amministrativo.

Il pubblico ministero contesta all'ente l'illecito « amministrativo » dipendente dal reato-presupposto quando non decreta l'archiviazione. L'art. 59 comma 1 richiama le modalità di esercizio dell'azione penale di cui all'art. 407-*bis* comma 1 c.p.p. (così, per effetto della *riforma Cartabia*, ma in particolare a seguito del d.lgs. n. 31 del 2024 che ha sostituito il richiamo all'art. 405 comma 1 c.p.p.: questa norma, come già modificata dal precedente d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, ora regola i termini per la conclusione delle indagini) — precisando che la contestazione dell'illecito deve essere « contenuta in uno degli atti » contemplati dalla disposizione codicistica — vale a dire la richiesta di rinvio a giudizio, di applicazione della pena (sanzione) concordata, di giudizio immediato, di emissione del decreto penale di condanna o, ancora, la presentazione a giudizio direttissimo (per quanto concerne i riti speciali v., *infra*, cap. XIX).

Da rilevare inoltre come, in aggiunta alla categoria di reati-presupposto per i quali si formula l'imputazione tramite i provvedimenti indicati nell'art. 407-*bis* comma 1 c.p.p., vi sia un ulteriore nucleo di fattispecie criminose, devolute alla cognizione del giudice monocratico — v., al riguardo, l'art. 36 comma 2 — e punite con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni, nonché quelle espressamente indicate nel comma 2 dell'art. 550 c.p.p. (norma interpolata dalla *riforma Cartabia*) suscettibili di rinvio a giudizio con le forme della citazione diretta *ex* art. 552 c.p.p. (e, dunque, senza il preventivo passaggio e controllo dell'udienza preliminare, ma con l'instaurazione della udienza di comparizione predibattimentale *ex* art. 554-*bis* c.p.p., innovazione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

prevista dalla *riforma Cartabia*): si pensi, ad esempio, al delitto di frode informatica di cui all'art 640-*ter* comma 1 c.p., richiamato dall'art. 24 comma 1, o a quello di false comunicazioni sociali previsto dall'art. 2622 comma 1 c.c. (*ex* art. 25-*ter* comma 1 lett. *b*).

La contestazione deve contenere (art. 59 comma 2):

1) gli elementi identificativi dell'ente;

2) l'enunciazione — in forma chiara e precisa — del fatto dal quale può derivare l'applicazione di sanzioni amministrative;

3) l'indicazione del reato-presupposto da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge;

4) le fonti di prova.

Questa disposizione evoca, dunque, i requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio (art. 417 c.p.p.) e, implicitamente, include la domanda al giudice di emettere il decreto che dispone il giudizio. L'atto in parola svolge l'identica funzione dell'imputazione nei confronti della persona fisica ovvero « addebitare ad un soggetto collettivo un illecito amministrativo a struttura complessa, con lo scopo di definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice » e, altresì, consentendo all'ente di esercitare il diritto di difesa (RELAZIONE).

I riferimenti al « fatto » e al « reato da cui l'illecito dipende » delineano la cornice di una fattispecie giudiziale che, com'è noto, vanta una struttura complessa; il pubblico ministero deve pertanto specificare, in forma chiara e precisa (arg. *ex* art. 417 comma 1 lett. *b* c.p.p.), il reato-presupposto — indicando la norma incriminatrice e quella che la richiama *ex* artt. 24 ss. —, le sue connotazioni spazio-temporali, l'interesse o il vantaggio conseguito dall'ente, le generalità del soggetto che ha commesso il reato (se identificato) e il suo ruolo gerarchico (apicale o dipendente), gli obblighi di direzione o vigilanza omessi nel caso di illecito attribuito a un subordinato (art. 7 comma 1); qualora l'autore del reato sia rimasto ignoto, va comunque precisato il livello organizzativo aziendale nel quale il reato si assume essere stato commesso: ciò, ai fini di individuare la regola probatoria — *ex* art. 6 o *ex* art. 7 — da applicare nel processo.

Con riferimento al regime di validità dell'atto, postulata — come si è visto — la necessità della notificazione all'ente dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-*bis* c.p.p.), deve considerarsi viziata da nullità — di tipologia "intermedia", ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. *c* e 180 c.p.p. — la contestazione dell'illecito amministrativo non preceduta dall'avviso medesimo o dal mancato invito a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

rendere l'interrogatorio al rappresentante legale che l'abbia richiesto. Qualora invece la contestazione difetti di determinatezza o chiarezza il giudice dell'udienza preliminare, in ogni caso sentite le parti, deve in prima battuta sollecitare il pubblico ministero a riformulare correttamente la contestazione; solamente nel caso di mancato adempimento, provvede a dichiarare d'ufficio la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e a disporre la restituzione degli atti allo stesso pubblico ministero (art. 421 comma 1 c.p.p.). Questa particolare disciplina è stata introdotta dal legislatore della *riforma Cartabia* sulla scia di quanto stabilito dalla precedente giurisprudenza (Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella).

6. (*Segue*): la decadenza dalla contestazione.

Al pubblico ministero è interdetto procedere alla contestazione quando il reato-presupposto da cui dipende l'illecito « amministrativo » è estinto per prescrizione (art. 60). Trattasi di un'ipotesi di decadenza *dalla* contestazione; la norma inibisce alla pubblica accusa di addebitare alla *societas* un illecito dipendente *da un reato già estinto* per prescrizione « così che, ove il titolare dell'accusa si sia determinato a ciò anziché orientarsi verso l'archiviazione, compete al giudice porvi rimedio » (Presutti): nell'udienza preliminare, con sentenza di non luogo a procedere, o — al più tardi — nel giudizio con provvedimento di non doversi procedere *ex* art. 67 (a tenore del quale l'organo giurisdizionale « pronuncia sentenza di non doversi procedere nei casi previsti dall'art. 60 e quando la sanzione è estinta per prescrizione »).

Diverso il caso nel quale la prescrizione del reato-presupposto maturi *dopo* « che è stata formulata la contestazione » dell'illecito amministrativo « e mentre sia in corso il procedimento » per l'accertamento della responsabilità dell'ente: tale ipotesi « soggiace a regole proprie, connesse all'operare del principio di autonomia » (Ead.), secondo il quale la responsabilità *sussiste* anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia, cioè a dire la morte del reo prima della condanna, l'utile decorso del termine di sospensione condizionale della pena, la remissione di querela, l'oblazione e, appunto, la prescrizione (art. 8 comma 1 lett. *b*).

La l. delega non aveva, del resto, fornito indicazioni precise, limitandosi a prevedere il termine di prescrizione delle *sanzioni* amministrative (v. art. 11 comma 1 lett. *r* l. n. 300 del 2000); e l'esigenza di cristallizzare tempi di contestazione *dell'illecito* dell'ente « tendenzial-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mente più ridotti rispetto a quelli di prescrizione della sanzione » (RELAZIONE) — allo scopo di scongiurare il rischio che da condotte alquanto risalenti nel tempo scaturisse un procedimento a carico della *societas* — ha trovato riscontro in una fattispecie *ad hoc* (l'art. 60). Alla luce della struttura complessa dell'illecito « amministrativo » — il cui sorgere dipende dalla commissione di un reato-presupposto da parte della persona fisica — si è individuata nel termine di prescrizione del reato-presupposto medesimo la soglia oltre la quale, in mancanza di contestazione, appare irragionevole che l'*iter* di accertamento dell'illecito possa essere proseguito. Di conseguenza, verificatasi la prescrizione del reato-presupposto senza che alla persona giuridica sia stato contestato l'illecito da quest'ultimo dipendente, la potestà sanzionatoria « amministrativa » decade (RELAZIONE).

7. I provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare: la sentenza di non luogo a procedere.

Occorre premettere che la regolamentazione codicistica dell'udienza preliminare è da ritenersi integralmente richiamata in quanto, ai sensi dell'art. 34, compatibile con il rito *de societate*. Gli adattamenti della normativa ordinaria al procedimento in parola riflettono talune peculiarità in precedenza esaminate.

Così, la notifica dell'avviso dell'udienza (giorno, ora e luogo) con la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero va effettuata — laddove l'ente non si sia costituito ai sensi dell'art. 39 né abbia dichiarato o eletto domicilio in un altro atto comunicato all'autorità giudiziaria — con le forme del processo civile (v. art. 43 comma 1 del d.lgs. n. 231 del 2001 in rapporto all'art. 154 comma 3 c.p.p.); qualora dalla verifica della regolare costituzione delle parti emerga che non sia stato possibile notificare l'atto in maniera rituale, il giudice deve disporre nuove ricerche: se queste si rivelano infruttuose, la celebrazione dell'udienza preliminare viene sospesa (art. 43 comma 4). Se l'ente si è costituito, la mancata comparizione del legale rappresentante all'udienza comporta che sia il difensore ad assumere la rappresentanza del primo (art. 39 comma 4); mentre dalla mancata costituzione della *societas* scaturirà — previa verifica del giudice della validità degli avvisi e delle notificazioni — la declaratoria di contumacia (art. 41): l'ente, sarà quindi rappresentato dal difensore nominato d'ufficio (art. 40) e non potrà porre in essere atti strettamente personali, quali l'interrogatorio e le dichiarazioni spontanee.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Lo svolgimento dell'udienza si incanala nell'alveo del codice di rito, con applicazione delle regole di cui agli artt. 421 (discussione), 421-*bis* (integrazione delle indagini), 422 (integrazione probatoria ai fini della sentenza di non luogo a procedere) e 423 (modifica dell'imputazione) c.p.p. Da rammentare che in questa fase possono collocarsi i procedimenti speciali (giudizio abbreviato e applicazione della sanzione su richiesta). Se l'epilogo dell'udienza consiste nel rinvio a giudizio, troverà applicazione l'art. 431 c.p.p. in materia di formazione del fascicolo per il dibattimento.

L'art. 61 comma 1 annovera i casi nei quali il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere; le relative formule di proscioglimento attengono vuoi agli ostacoli procedurali, vuoi alla inidoneità probatoria degli elementi conoscitivi raccolti e presentati, con la contestazione dell'illecito amministrativo, all'udienza medesima.

Per quanto concerne i primi, l'« estinzione della sanzione amministrativa » riguarda l'intervenuta prescrizione delle sanzioni amministrative (art. 22) o, anche, il caso in cui la contestazione dell'illecito è stata formulata quando il reato-presupposto era *già estinto* per prescrizione (art. 60); l'espressione « improcedibilità della sanzione amministrativa » allude, invece, alla impossibilità di accertare l'illecito amministrativo in quanto l'azione penale relativa all'autore del reato-presupposto non poteva essere iniziata o proseguita per mancanza di una condizione di procedibilità (art. 37; v., *supra*, cap. XIV, § 3).

Con riferimento al proscioglimento *nel merito*, nella locuzione di insussistenza dell'illecito rientrano tutte le ipotesi di esclusione della responsabilità « amministrativa », che incidono sia sul reato-presupposto, sia sui profili relativi all'imputazione dell'illecito all'ente. Si è anticipato (v., *supra*, § 4) che nell'ambito della complessa *riforma Cartabia*, il legislatore è intervenuto (con il d.lgs. n. 31 del 2024) a modificare l'art. 61 comma 1: la norma, nella sua versione originaria, prevedeva come ulteriore caso di proscioglimento quello in cui « gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente ». In proposito, si era posto in evidenza che « all'esistenza della prova di 'non colpevolezza' viene equiparata la mancanza della prova 'di responsabilità', nel senso che se il pubblico ministero non ha adempiuto all'onere di dimostrare l'esistenza di elementi idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente, il giudice, ferma la possibilità di indicare ulteriori indagini o di procedere all'attività di integrazione probatoria, è tenuto a pronunciare la sentenza

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di non luogo a procedere » (RELAZIONE). In sostanza, la disciplina contemplata per l'ente, già si uniformava a quella prevista per la persona fisica, di fatto replicando il medesimo criterio a base della sentenza di non luogo a procedere (come allora sancito dall'art. 425 comma 3 c.p.p.).

Questo parallelo è stato confermato dalla recente modifica: stando all'attuale formulazione dell'art. 61 comma 1, il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere — oltre che nelle ipotesi già indicate — « quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna dell'ente ». Si è in presenza di un allineamento alla corrispondente regolamentazione codicistica (art. 425 comma 3 c.p.p. riformato) che si collega a una finalità unitaria: anche nel contesto *de societate* si vuole evitare l'instaurazione di processi "inutili", in nome della efficienza nella amministrazione della giustizia. La "nuova" regola di giudizio mira, infatti, a rafforzare la funzione di "filtro" dell'udienza preliminare e ha incidenza — come si chiarirà tra breve — sulle situazioni in cui al suo esito si profilano situazioni di incertezza.

Le *regole di giudizio* ai fini della sentenza di non luogo a procedere vanno comunque coniugate con i criteri di imputazione oggettivo — il reato-presupposto deve essere commesso nell'« interesse » o « vantaggio » dell'ente (art. 5) — e soggettivo — il reato medesimo è attribuibile al personale (vertici o subordinati) dell'azienda — che costituiscono i presupposti della responsabilità dell'ente. Al vaglio dell'udienza preliminare, l'azione penale deve dunque soddisfare i requisiti di una fattispecie compendiata dai suddetti profili oggettivi e soggettivi; come si ricorderà, l'onere probatorio che incombe sul pubblico ministero prospetta carichi differenziati, calibrati sulla posizione occupata nella gerarchia aziendale dalla persona alla quale il reato-presupposto è addebitato (art. 5 lett. *a* e *b*). A proposito della interpretazione "correttiva", prospettata dalla recente giurisprudenza, che supera il dettato letterale dell'art. 6 e addossa l'onere della prova in ogni caso al titolare dell'accusa (Cass. 11 novembre 2021, Impregilo, n. 23401), si rinvia alle osservazioni svolte, *supra* , cap. VII, § 1.

La contestazione dell'illecito « amministrativo » all'ente per un reato commesso da persona *in posizione di vertice* (art. 5 lett. *a*) può superare il filtro dell'udienza preliminare con relativa facilità, in virtù del fatto che la prova dell'esimente grava sulla persona giuridica: spetta ad essa dimostrare di aver adottato quei modelli comportamentali (art. 6) modulati sulla prevenzione del rischio di reato ed intesi ad impedire,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

grazie alla previsione di adeguate regole di condotta, la commissione dei delitti di cui agli artt. 24 ss.

Qualora il reato sia stato commesso da persone *sottoposte alla direzione o alla vigilanza* dei vertici dell'ente (art. 5 lett. *b*) la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere rispecchia più da vicino le regole di giudizio codicistiche, nel senso che l'onere della prova è addossato al pubblico ministero. È l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7 comma 1) a fondare la responsabilità dell'ente e la relativa dimostrazione grava — appunto — sull'accusa; l'affermazione di (plausibile) colpevolezza della *societas* va dunque integrata sia sotto il profilo oggettivo (reato commesso nel suo interesse o vantaggio), sia sotto il profilo soggettivo (inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza). In sede di verifica preliminare, l'area della sentenza di non luogo a procedere assorbe le situazioni di dubbio (che restano a carico dell'attore pubblico). Viceversa, il rischio della mancata prova circa l'adozione dei modelli organizzativi ad efficacia esimente incombe, anche in questo caso, sulla difesa che — nell'udienza preliminare — intenda allegarli.

Quanto alle situazioni di dubbio, viene in considerazione la modifica apportata alla previsione dell'art. 61 dal d.lgs. n. 31 del 2024 (integrativo e correttivo della *riforma Cartabia*): si è già specificato che la sua finalità è quella di evitare l'instaurazione di processi "inutili", destinati cioè a chiudersi con una sentenza di assoluzione. Ora, al giudice si richiede una valutazione che preclude (dovrebbe precludere) il rinvio a giudizio nelle ipotesi di incertezza per le quali non sia ragionevolmente pronosticabile la condanna dell'ente: nelle situazioni di dubbio, quindi, la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere chiude l'udienza preliminare e ferma il corso del processo. Il passaggio pressoché automatico al dibattimento era invece favorito dalla precedente formulazione della norma: questa ancorava la sentenza di non luogo a procedere (altresì) nei casi in cui « gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente ». Stando a questa disposizione, in sostanza, proprio per le situazioni di dubbio il giudice poteva pronosticare che il dibattimento sarebbe stato "utile" a superare ogni incertezza in virtù della acquisizione di più ampi e idonei elementi conoscitivi. E, in questo senso si era orientata la giurisprudenza affermatasi a proposito della omologa disposizione codicistica (art. 425 comma 3 c.p.p. *ante riforma Cartabia*).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

8. (*Segue*): il decreto che dispone il giudizio.

La *vocatio in iudicium* dell'ente rappresenta l'alternativa decisoria alla sentenza di non luogo a procedere; il decreto che dispone il giudizio nei confronti dell'ente deve contenere, « a pena di nullità » (comma 2 dell'art. 61):

1) la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente dal reato;

2) l'enunciazione — « in forma chiara e precisa » — del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni;

3) l'indicazione del reato-presupposto e dei relativi riferimenti normativi;

4) le fonti di prova;

5) gli elementi identificativi dell'ente.

I restanti requisiti del decreto che dispone il giudizio si ricavano dall'art. 429 c.p.p., sulla cui falsariga la norma in oggetto appare concepita: vanno inclusi dispositivo e indicazioni inerenti al giudice competente, al luogo, giorno e ora della comparizione, nonché le sottoscrizioni di giudice ed ausiliario (lett. *e*, *f* e *g* del comma 1 dell'art. 429 c.p.p.). È venuto meno l'avvertimento che la mancata costituzione dell'ente — tramite il suo legale rappresentante — ne comporterà la dichiarazione di contumacia nel giudizio: ciò si deve alla modifica — operata dalla *riforma Cartabia* — della lett. *f* dell' art. 429 comma 2 c.p.p. che lo contemplava (previsione che, nel contesto codicistico, doveva intendersi in realtà riferita alla fattispecie di *assenza* che ha sostituito la contumacia). La modifica è conseguente, come si è specificato, alla nuova regolamentazione dei rapporti tra assenza dichiarata in udienza preliminare e dibattimento instaurato a seguito di rinvio a giudizio disposto in quella sede: l'avvertimento citato è ora previsto per il solo avviso relativo alla udienza preliminare (art. 419 comma 1 c.p.p.) (per approfondimenti, v., *supra*, cap. XIV, § 6).

Per ciò che concerne i vizi del decreto che dispone il giudizio, l'art. 429 c.p.p. limita l'applicazione della nullità all'incerta identificazione dell'imputato e alla mancante o insufficiente indicazione del fatto e dei riferimenti spazio-temporali della comparizione dinnanzi al giudice, mentre l'art. 61 comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001 la estende alle fonti di prova: tale conclusione è confortata dal tenore letterale di quest'ultima norma, la quale si apre con la specificazione che il decreto di rinvio a giudizio « contiene a pena di nullità » una serie di requisiti tra cui figurano, appunto, le fonti probatorie.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Infine, la lettura combinata degli artt. 178 comma 1 lett. *c* e 179 comma 1 c.p.p. con l'art. 61 comma 2 induce a ritenere — in tema di regime sanzionatorio — che l'incerta identificazione dell'ente e le carenze circa l'accusa (contestazione dell'illecito, enunciazione del fatto, specificazione del reato-presupposto), incidendo sulla *vocatio in ius*, costituiscano nullità assolute. Quanto, invece, all'assenza di indicazioni in ordine alle fonti di prova, il vizio deve essere inquadrato nell'ambito delle nullità relative.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO DICIANNOVESIMO

I PROCEDIMENTI SPECIALI

SOMMARIO: 1. Lineamenti generali. — 2. Riti speciali e riunione/separazione dei procedimenti. — 3. Il giudizio abbreviato: le norme applicabili. — 4. (*Segue*): i presupposti. — 5. (*Segue*): le condotte riparatorie *ex* art. 17. — 6. (*Segue*): i termini per la richiesta e la legittimazione. — 7. (*Segue*): tipologie della richiesta, poteri delle parti e effetti preclusivi. — 8. (*Segue*): l'udienza. — 9. (*Segue*): le sentenze conclusive e il regime delle impugnazioni. — 10. L'applicazione della sanzione su richiesta: le norme applicabili. — 11. (*Segue*): i presupposti. — 12. (*Segue*): i termini, l'oggetto della richiesta e la legittimazione. — 13. (*Segue*): il controllo e la decisione del giudice. — 14. (*Segue*): gli effetti premiali del rito e il regime delle impugnazioni. — 15. Il procedimento per decreto: le norme applicabili e i presupposti. — 16. (*Segue*): la richiesta di decreto di applicazione della sanzione pecuniaria e la decisione del giudice. — 17. (*Segue*): gli effetti premiali del rito e l'opposizione. — 18. Il giudizio immediato e il giudizio direttissimo.

1. Lineamenti generali.

Anche nel procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato si contempla la possibilità di accedere a riti speciali la cui instaurazione, analogamente a quanto stabilito dalla disciplina codicistica, provoca una deviazione dalla sequenza ordinaria dell'itinerario processuale (indagini-udienza preliminare-giudizio). Ad essi è dedicata la sezione VI (del capo III del d.lgs. n. 231 del 2001) che, nondimeno, regola solamente il giudizio abbreviato (art. 62), l'applicazione della sanzione su richiesta (art. 63) e il procedimento per decreto (art. 64) tralasciando disposizioni esplicite per il giudizio immediato e il giudizio direttissimo. Dei procedimenti speciali, in realtà, non v'è traccia nella l. delega che, sul piano generale dell'*iter* del processo *de societate*, si è limitata a prevedere l'applicabilità, in quanto compatibili, delle disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale (l. n. 300 del 2000, art. 11 lett. *q*).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'analisi della materia deve perciò muovere dalla individuazione delle ragioni che sorreggono le scelte effettuate, al riguardo, dal legislatore delegato; da un lato, quella di superare il silenzio della delega — ammettendo la praticabilità di abbreviato, applicazione della sanzione su richiesta e procedimento per decreto — e, dall'altro, quella di mantenere, a sua volta, il silenzio su immediato e direttissimo. Ritenuta non consentita da taluna dottrina (CERESA-GASTALDO), in quanto non prevista da alcuna direttiva del delegante, l'opzione generale di prevedere i riti speciali nel processo agli enti è giustificata dalla stessa Relazione facendo leva sulla loro essenziale funzione deflativa; del resto proprio il citato e generico criterio direttivo enunciato dalla delega (art. 11 lett. *q*) è parso idoneo alla estensione, nel nuovo contesto processuale destinato agli enti, dei riti alternativi al dibattimento di matrice codicistica, salva la previsione di norme di adattamento.

L'una (funzione deflativa) e l'altro (criterio direttivo) sono valsi, inoltre, a rimuovere anche i possibili ostacoli derivanti da due indicazioni della l. delega: questa, infatti, anzitutto esclude il pagamento in misura ridotta della sanzione pecuniaria irrogabile all'ente (art. 11 lett. *g*); in secondo luogo, prevede la diminuzione della sanzione pecuniaria e l'esclusione di quelle interdittive come conseguenza di comportamenti, adottati dall'ente, idonei ad assicurare una efficace riparazione o reintegrazione rispetto all'offesa realizzata (art. 11 lett. *n*). Entrambe, com'è intuibile, toccano da vicino i riti speciali, almeno quelli (abbreviato, applicazione della sanzione su richiesta e procedimento per decreto) che consentono un abbattimento della pena applicabile, quale "premio" per la rinuncia alle garanzie del contraddittorio dibattimentale, vale a dire per un comportamento meramente processuale utile alla economia del sistema di accertamento della responsabilità, ma irrilevante sul piano della riparazione dell'offesa.

Nondimeno, a proposito della prima indicazione della delega (art. 11 lett. *g*) la Relazione ha specificato che la preclusione si riferisce a istituti modellati sull'oblazione (specie quella obbligatoria, che comporta la riduzione del pagamento di una somma sulla base della semplice volontà dell'interessato) e non sembra poter coinvolgere istituti di natura prettamente processuale ove riduzioni della sanzione da applicarsi si collegano ad esigenze deflative e di rapidità nell'accertamento. Quanto alla seconda indicazione della delega (art. 11 lett. *n*), la Relazione mette in luce la sua esclusiva riferibilità a un caso di diminuzione della responsabilità (e della sanzione) e, pertanto, pone l'accento sulla sua natura sostanziale. Di conseguenza, si rimarca la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

diversa funzione dei procedimenti speciali, appunto istituti processuali, che non comportano alcuna trasformazione della sanzione applicabile, ma solo una sua diminuzione.

A queste argomentazioni si riallaccia la previsione dei procedimenti speciali annoverati nella sezione VI; resta da spiegare l'omessa menzione di immediato e direttissimo, giudizi rimasti esclusi da una apposita considerazione normativa. Anche al riguardo, la Relazione fornisce una giustificazione che, invero, resta parzialmente sottintesa: la loro ammissibilità è data per scontata, ciò che viene approfondito è il relativo *modus operandi* a seconda che l'accertamento della responsabilità dell'ente si svolga separatamente da quello dell'autore del reato ovvero nel processo simultaneo (art. 38); si deve ritenere, pertanto, che la carenza di specifica disciplina sia dovuta alla superfluità di regole apposite. In sostanza, per giudizio immediato e direttissimo sono parse sufficienti le disposizioni sancite nella corrispondente sede del codice di rito, applicabili in virtù della norma generale di raccordo (art. 34) e salvo in ogni caso il limite di compatibilità ivi stabilito; solamente per giudizio abbreviato, applicazione della sanzione su richiesta e procedimento per decreto si è ritenuto necessario dettare disposizioni particolari.

Le norme dedicate ad essi (artt. 62, 63 e 64) compongono una disciplina approssimativa e di difficile interpretazione: accanto a rinvii all'intera regolamentazione dei procedimenti speciali racchiusa nel codice di rito, quest'ultima applicabile con il consueto limite di compatibilità, si trovano richiami a singole previsioni codicistiche. A ben vedere, entrambi i rimandi si sovrappongono a quello d'ordine generale stabilito dall'art. 34 e si sostanziano, di fatto, in una ripetizione di quanto ivi previsto.

La discutibile tecnica normativa non deve, tuttavia, dare luogo a fraintendimenti: non si deve ritenere che il regime configurato per i procedimenti speciali di cui alla sezione VI viva di vita autonoma e distinta dalla complessiva disciplina del processo agli enti; né sarebbe corretto affermare che il rinvio a singole previsioni del codice di rito suona come esclusione di quelle non espressamente richiamate. In realtà e piuttosto, anche per i procedimenti speciali accessibili all'ente, l'operatività della disciplina codicistica corrispondente è già assicurata dal collegamento sancito dall'art. 34 tra i due corpi normativi (c.p.p.; d.lgs. n. 231 del 2001); i rinvii generali contemplati nelle disposizioni degli artt. 62, 63 e 64 valgono a ribadirlo, pur apparendo inutili; in particolare, il richiamo a singole previsioni serve a risolvere *ex professo* la questione della loro applicabilità. Poiché, come si è detto, sempre e

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

comunque le disposizioni del codice di rito si trasferiscono nella sede del processo agli enti a condizione di previa verifica di compatibilità, si deve ritenere che il legislatore abbia preferito, a proposito di alcune statuizioni, evitare l'insorgere di dubbi e fornire all'interprete una soluzione certa.

Sul piano più generale, si può osservare che la citata direttiva della l. delega dà credito alle scelte legislative: in effetti, l'indicazione, generica e sintetica, di applicare le disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'ente, di per sé non impedisce l'applicabilità anche di quelle dettate per i procedimenti speciali. Appaiono perciò difficili da condividere le riserve formulate circa la loro configurazione nonostante il silenzio della delega. È da tenere presente, inoltre, che nella sede codicistica i procedimenti speciali che evitano il dibattimento prospettando uno sconto della pena sono regolati in modo da incentivare la scelta dell'imputato riconoscendogli una sorta di "diritto al premio". In questo senso si è orientata anche la Corte costituzionale, intervenuta più volte sulla disciplina del giudizio abbreviato e dell'applicazione della pena su richiesta. Risultava, perciò, difficile sottrarre all'imputato questo diritto, una volta stabilito come preferibile affidare all'identico giudice e nel medesimo contesto processuale la decisione sia del reato sia dell'illecito amministrativo dipendente. E, visto che si è conservata all'imputato questa possibilità, la sua estensione all'ente — che al primo è assimilato (art. 35) — si è imposta per evitare una disparità di trattamento difficilmente giustificabile.

Nessuno spazio è stato né poteva essere riservato alla sospensione del procedimento con messa alla prova, rito speciale che egualmente evita il dibattimento, introdotto nella sede codicistica (titolo V-*bis* del libro VI) dalla successiva l. 28 aprile 2014 n. 67 ispirata a chiare istanze deflative. Nondimeno, il suo sopravvenire alla disciplina configurata dal d.lgs. n. 231 del 2001 non ne impedisce di per sé il travaso nel processo *de societate* e ciò in ragione della norma dell'art. 34, istitutiva di un raccordo permanente con la regolamentazione dettata dal codice di rito. È piuttosto il limite della compatibilità, a sua volta persistente, a precluderne la riferibilità alla persona giuridica in mancanza di interventi adattativi ad opera dello stesso legislatore. Senza scendere nel dettaglio delle relative disposizioni, è sufficiente osservare che il nuovo rito impone condotte e pretende adempimenti (programma di trattamento *ex* art. 168-*bis* commi 2 e 3 c.p. e art. 464-*bis* comma 4 c.p.p.) che necessariamente fanno capo alla persona fisica.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Non sono mancate, tuttavia, iniziative della giurisprudenza di merito orientate a esportare l'istituto nel sistema dell'ente mediante disinvolte soluzioni applicative (Trib. Modena, ord. 11 dicembre 2019; Trib. Modena, 21 settembre 2020; Trib. Bari, ord. 22 giugno 2022); l'orientamento favorevole, già contrastato da esegesi di principio più rigorose, formulate da altra parte della stessa giurisprudenza (Trib. Milano, Sez. XI, ord. 27 marzo 2017; Trib. Bologna, Sez. G.i.p., ord. 10 dicembre 2020), non è stato abbandonato (Trib. Bari, Sez. I, 14 giugno 2023; Trib. Perugia, ord. 7 febbraio 2024) nemmeno dopo l'intervento di netta chiusura delle Sezioni unite, pronunciatesi su uno specifico profilo della disciplina codicistica (Cass., sez. un., 27 ottobre 2022, La Sportiva s.p.a.).

Maggiore interesse presentano i suggerimenti di taluna dottrina volti a una possibile articolazione del rito in modo congeniale alla specificità della *societas* e coerente con la finalità specialpreventiva perseguita dal d.lgs. n. 231 del 2001: si ipotizza, infatti, una messa alla prova dell'ente già dotato di modello organizzativo, ma valutato inadeguato dal giudice, in vista di una riorganizzazione "virtuosa" idonea al suo reinserimento nel mercato in una rinnovata veste di legalità (Fidelbo-Ruggiero). La soluzione prospettata muove da una esigenza concreta: quella di superare la difficoltà di predisporre modelli organizzativi in grado di reggere alla verifica di loro idoneità, esposta alla discrezionalità incontrollata del giudice. Ma al di là delle buone intenzioni, il congegno processuale ipotizzato sulla falsariga della messa alla prova codicistica non rimuove né contiene il rischio. Si moltiplicano, anzi, le occasioni di intervento di controllo rimesso al giudice: alla diagnosi iniziale di inidoneità del modello preesistente, si affiancano lo scrutinio prognostico di adeguatezza del progetto presentato dall'ente — presupposto per la sua ammissione alla prova — e la valutazione circa il successo della ristrutturazione compiuta, condizione per la declaratoria di estinzione dell'illecito, premio connesso al rito.

Risulta più convincente una indicazione diversa proveniente da altra autorevole dottrina (Piergallini). Questa propone di positivizzare i protocolli cautelari imperniati sulle *best pratices* mediante la configurazione di modelli pilota assistiti da una presunzione, *iuris tantum*, di idoneità preventiva che il giudice può superare con adeguata motivazione. In tal modo, sarebbero poste regole meno incerte in grado di fornire sia criteri guida all'ente sia parametri di verifica al giudice contenendo la sua discrezionalità in limiti fisiologici: la soluzione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

avrebbe portata generale e renderebbe superfluo forzare la regolamentazione del rito speciale in assenza di un apposito intervento legislativo.

Quanto ai restanti procedimenti speciali, cioè a dire giudizio immediato e direttissimo, la loro finalità acceleratoria del dibattimento non poteva essere trascurata nel processo alla *societas*; a questo riguardo, tuttavia e come si vedrà, entra in gioco il regime dettato dall'art. 38 ove la riunione e la separazione dei procedimenti vengono calibrate in modo da salvaguardare quelle esigenze — di completezza e di semplificazione — che hanno consigliato al legislatore di accomunare l'accertamento del reato-presupposto a quello dell'illecito amministrativo dipendente.

Ancora una osservazione d'ordine generale prima di addentrarci oltre. La disciplina dei procedimenti speciali codicistici ha subito significative modifiche ad opera della recente ampia *riforma Cartabia* del processo penale attuata in stretta sinergia con l'altrettanto rilevante innovazione del sistema sanzionatorio (v., in dettaglio, cap. XIII, § 1). Ne è derivata una elevata complessità della rispettiva regolamentazione; tale complessità inevitabilmente si riflette sui riti speciali destinati all'ente sia in ragione della incompiutezza della loro disciplina sia a causa dei molteplici rinvii — generali e speciali — a quella contemplata nella sede codicistica: al riguardo, infatti, si riscontra un disinteresse pressoché totale del legislatore che si è limitato a prevedere solamente un puntuale ritocco in relazione al procedimento per decreto (art. 64) (v., *infra*, § 15). Con la conseguenza che grava sull'interprete l'impegno di verificare se e quali delle variazioni normative introdotte da ultimo siano compatibili con il particolare contesto *de societate* e pertanto possano essere trasferite e operare nell'ambito corrispondente dei procedimenti speciali: di questo impegno ci si è dovuti fare carico nella ricostruzione e illustrazione della loro intricata disciplina.

2. Riti speciali e riunione/separazione dei procedimenti.

Mentre si prevede che anche all'ente è consentito l'accesso ai procedimenti speciali, nulla si dispone circa le possibili interferenze della sua scelta sulla riunione dei procedimenti sancita, come regola, dall'art. 38 comma 1. La questione si prospetta per il caso in cui si proceda simultaneamente all'accertamento sia dell'illecito amministrativo sia del reato, proprio in applicazione della citata regola della riunione. È chiaro, infatti, che, qualora il procedimento per l'illecito amministrativo e quello relativo al reato-presupposto siano incanalati

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

su strade autonome, l'ente — così come l'imputato — ha la possibilità di compiere la scelta più rispondente alla propria strategia processuale, optando per il rito speciale a lui disponibile: ciò può verificarsi fin dall'origine, ad esempio nel caso di autore del reato rimasto ignoto (art. 8) o di illecito amministrativo scoperto successivamente, ma anche in seguito, quando i due procedimenti, nati riuniti, siano stati separati per la presenza di una delle cause espressamente indicate dall'art. 38 comma 2 (v., *supra*, cap. XIV, § 2).

Nell'esame della questione vanno tenute distinte le due categorie di procedimenti speciali ammessi nel processo all'ente: quelli premiali deflativi del dibattimento (giudizio abbreviato, applicazione della sanzione su richiesta e procedimento per decreto) e quelli acceleratori del dibattimento (giudizio immediato e direttissimo). Quanto ai primi, in particolare, si deve stabilire: *a*) anzitutto, se sia consentito all'ente optare per abbreviato e applicazione della sanzione quando solo per esso siano integrati i relativi presupposti; e alla stessa stregua, se il pubblico ministero possa promuovere il procedimento per decreto solo nei confronti dell'ente; *b*) in secondo luogo, se una simile scelta processuale determina la separazione dei procedimenti.

Come è noto, in controtendenza rispetto a quanto previsto nella sede codicistica, ove, per coerenza con l'accusatorietà del rito, prevale la soluzione opposta del *favor separationis*, l'art. 38 comma 1 impone la trattazione unitaria del procedimento a carico dell'ente e di quello nei confronti dell'autore del reato: la scelta legislativa mira a favorire la completezza dell'accertamento insieme con la sua semplificazione, entrambe richieste dal rapporto di interdipendenza tra reato-presupposto e illecito amministrativo che, appunto, si configura quale fattispecie complessa (v., *supra*, cap. V, § 1).

La predilezione per il processo cumulativo non è assoluta, in quanto derogata in relazione a tre ipotesi espressamente annoverate dall'art. 38. Qui interessano quelle previste dalle lett. *b* e *c* del comma 2, attinenti, rispettivamente, al caso in cui uno dei procedimenti riuniti segua la dinamica del rito abbreviato, dell'applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p. e del decreto penale di condanna e al caso in cui la separazione si renda necessaria per l'osservanza delle disposizioni processuali: si può notare che il primo caso si riferisce chiaramente alla situazione dell'imputato del reato-presupposto come si ricava sia dalla circostanza che viene indicata la (sola) disposizione dell'art. 444 c.p.p. — non concernente l'ente al quale è destinata la norma dell'art. 63 — sia dal fatto che viene richiamato il (solo) decreto penale di condanna

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— anche questo non pertinente all'ente per il quale vale la disciplina del procedimento per decreto di cui all'art. 64.

La norma dell'art. 38 comma 2 lett. *b* autorizza la separazione laddove l'imputato imbocchi uno dei riti speciali indicati e l'ente non voglia di aderire alla medesima soluzione o si trovi nella impossibilità di farlo a causa dei diversi e più rigorosi presupposti stabiliti per esso (per quanto riguarda giudizio abbreviato e applicazione della sanzione su richiesta) ovvero solo nei confronti dell'imputato il pubblico ministero abbia attivato il decreto penale di condanna. La sua ragione giustificativa è evidente: i procedimenti speciali di cui si tratta offrono sconti di pena e l'imputato del reato-presupposto non può essere pregiudicato da scelte contrarie — libere o meno — effettuate dall'ente circa il percorso processuale da seguire.

L'identica *ratio*, l'equiparazione dell'ente all'imputato — sul piano dei diritti, garanzie e facoltà (art. 35) — e l'esplicita previsione dei riti premiali nel contesto *de societate* orientano nel senso che: *a*) anche l'ente può decidere di avvalersi di uno di questi riti premiali a sua disposizione (abbreviato, applicazione della sanzione) e solo in relazione alla sua posizione il pubblico ministero può legittimamente decidersi per il procedimento per decreto; *b*) l'effetto della separazione si produce anche in questa situazione, da ritenersi compresa nella norma dell'art. 38 comma 2 lett. *b*. Queste conclusioni sono condivise anche da quella parte della dottrina che preferisce mantenersi fedele alla lettera della legge e perciò suggerisce di ricondurre l'ipotesi esaminata alla più generica previsione dell'art. 38 comma 2 lett. *c* (Bassi-Epidendio; Ceresa-Gastaldo; Tirelli).

Dubbi si prospettano, invece, con riguardo alla restante categoria di procedimenti speciali — immediato e direttissimo — nemmeno presi in considerazione dalla norma dell'art. 38. Si tratta di riti nella esclusiva disponibilità del pubblico ministero e dallo stesso attivabili in presenza dei presupposti di legge. Anche relativamente ad essi è pacifico che, ove i relativi presupposti sussistano tanto per l'imputato quanto per l'ente, si procederà cumulativamente all'accertamento del reato e a quello dell'illecito amministrativo in applicazione della regola del processo simultaneo (art. 38 comma 1) e seguendo le forme del rito speciale praticabile. Quanto alla situazione inversa, vale a dire per il caso in cui l'uno o l'altro dei procedimenti di cui si discute non siano ammissibili per entrambi (autore del reato ed ente), resta da stabilire se la scelta del pubblico ministero incontri o meno limiti nella regola della riunione: in sostanza, occorre accertare *a*) se il pubblico ministero può optare per

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

l'instaurazione del giudizio immediato o direttissimo quando solo per l'autore del reato o solo per l'ente siano integrati i relativi presupposti del rito; *b*) se una simile scelta processuale del pubblico ministero determina la separazione dei procedimenti.

In proposito si riscontrano interpretazioni divergenti. Stando a taluni autori (CERESA-GASTALDO; TIRELLI), non è ipotizzabile che il pubblico ministero attivi il giudizio immediato o il direttissimo nei confronti del solo ente: proprio per il fatto che l'art. 38 comma 2 lett. *b* non menziona questi due riti speciali, si impone la trattazione congiunta dei due procedimenti secondo il rito ordinario e risulta impedita la loro separazione. Altra dottrina (PAOLOZZI), pur considerando improbabile che il pubblico ministero si orienti a favore dell'uno o dell'altro rito quando i relativi presupposti non ricorrano sia per l'ente che per l'imputato, non esclude in assoluto la separazione dei procedimenti anche in questo caso in virtù della previsione generale dell'art. 38 comma 2 lett. *c*.

Al riguardo va segnalato che è determinante considerare, piuttosto che le singole previsioni dell'art. 38 comma 2 lett. *b* e *c*, il sistema complessivo delineato per il processo *de societate* che richiede come preferenziale il *simultaneus processus* in ragione del rapporto di interdipendenza tra reato-presupposto e illecito amministrativo; le deroghe, benché previste, non possono essere ampliate fino a sovvertire tale regola e la sua funzionalità alle esigenze di completezza ed economicità dell'accertamento. Da questo punto di vista, si deve convenire che il mancato riferimento nella norma dell'art. 38 comma 2 lett. *b* a giudizio immediato e direttissimo impedisce la separazione dei procedimenti nella situazione qui considerata obbligando alla loro trattazione congiunta secondo il rito ordinario. La norma citata permette la separazione dei procedimenti esclusivamente per gli altri riti speciali, come già indicato, e ciò per il fatto che solamente essi comportano vantaggi sul piano sanzionatorio (riduzione della pena/sanzione), vantaggi che sarebbe ingiusto precludere a chi (imputato o ente) intenda o possa sfruttarli. Nella logica del legislatore, l'esito più favorevole consentito da questi riti a ente e imputato compensa il sacrificio delle esigenze di completezza e di semplificazione dell'accertamento e giustifica la deroga alla regola della trattazione congiunta dei procedimenti.

L'ipotesi contemplata dall'art. 38 lett. *c*, d'altro canto, non si presta a includere i casi di giudizio immediato e direttissimo attivabili solo per l'ente o solo per l'imputato; come si può notare, la separazione dei procedimenti è consentita quando l'osservanza delle norme processuali

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la rende *necessaria*. Immediato e direttissimo sono procedimenti che accelerano il dibattimento quando il fondamento dell'accusa appare così evidente da rendere superflua la sua verifica in udienza preliminare e persino la ricerca di elementi di prova tramite le indagini preliminari. Nella disciplina del codice di rito, la loro instaurazione incontra un limite proprio laddove si proceda per reati connessi e, solo per uno o per taluno di essi, siano integrati i presupposti del rito speciale. In tal caso, la separazione dei procedimenti deve fare i conti con l'esigenza di non pregiudicare gravemente le indagini (art. 453 comma 2 c.p.p.; art. 449 comma 6 c.p.p.); ciò che si richiede è una valutazione di convenienza circa il buon esito delle indagini nei confronti di tutte le regiudicande, vale a dire di *opportunità* della separazione, mancando la quale prevale la loro trattazione cumulativa secondo le forme ordinarie.

Una situazione analoga si verifica nel processo *contra societatem*. In questo contesto, si prevede che l'accertamento del reato-presupposto e quello dell'illecito amministrativo si svolgano congiuntamente e, pertanto, la riunione dei procedimenti è fissata quale regola dal momento che soddisfa esigenze di completezza e di semplificazione: poiché la loro trattazione disgiunta pregiudica tali esigenze, la separazione dei procedimenti è configurata di per sé come eccezione. Nei casi di giudizio immediato e direttissimo attivabili nei confronti del solo ente o del solo imputato nessuna giustificazione può sorreggere una deroga alla regola generale dal momento che né l'uno né l'altro ricavano vantaggi in termini di riduzione della sanzione irrogabile. Anzi e a ben vedere, il processo cumulativo celebrato secondo le forme ordinarie offre a entrambi la garanzia piena del contraddittorio così come il giudizio immediato e il direttissimo; ammettere, viceversa, la separazione di procedimenti provoca il rischio di decisioni contrastanti e di conflitto di giudicati oltre alla inevitabile duplicazione degli accertamenti in capo al giudice dell'illecito amministrativo, costretto comunque alla verifica — *incidenter tantum* — della sussistenza del reato-presupposto. È palese che gli effetti negativi, conseguenti alla separazione dei procedimenti, non potrebbero essere controbilanciati in alcun modo.

In sostanza, nel sistema processuale delineato per l'ente, la separazione — a fronte della possibilità di optare per i procedimenti speciali — deve rispondere a una valutazione di convenienza la quale, a differenza di quanto stabilito nella disciplina codicistica richiamata (art. 453 comma 2 c.p.p.; art. 449 comma 6 c.p.p.), va commisurata alle accennate esigenze di completezza e di semplificazione dell'accerta-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mento: senza una loro compensazione non ci si può discostare dal criterio — prevalente — della riunione, sancito dall'art. 38 comma 1. Come si è osservato, nessuna compensazione deriva dalla scissione delle posizioni processuali alcune delle quali solamente sono in grado di confluire nel giudizio immediato o in quello direttissimo; ragioni di coerenza sistematica precludono, in queste ipotesi, la separazione dei procedimenti e obbligano al rispetto della regola della loro trattazione congiunta seguendo le forme ordinarie.

3. Il giudizio abbreviato: le norme applicabili.

La disciplina del giudizio abbreviato si ricava dalla norma dell'art. 62 che, anzitutto, rinvia alle disposizioni del titolo I del libro sesto del codice di procedura penale, in quanto applicabili nonché, per il caso in cui manchi l'udienza preliminare, a quelle degli artt. 555 comma 2, 557 e 558 comma 8 c.p.p.; in secondo luogo, indica due regole specifiche e, in particolare, che la riduzione di cui all'art. 442 comma 2 c.p.p. è operata sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare della sanzione pecuniaria e che il giudizio abbreviato non è ammesso quando per l'illecito amministrativo è prevista l'applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva.

Come si è osservato, il rinvio integrale al titolo I del libro sesto del codice di procedura penale si sovrappone a quello più generale dell'art. 34, senza nulla aggiungere restando confermato l'obbligo di verificare, volta per volta, la compatibilità delle norme richiamate con le caratteristiche del contesto processuale per l'ente. La verifica si impone anche con riguardo alle modifiche sopravvenute ad opera della recente ampia *riforma Cartabia* . La particolarità di questo intervento legislativo, si è già precisato, si deve alla contestuale e altrettanto rilevante innovazione operata sul sistema sanzionatorio. In relazione ai procedimenti speciali deflativi del dibattimento, si è inteso favorire la loro fruibilità incrementando, fra l'altro, i relativi effetti premiali: tra questi va annoverato il vantaggio di ammettere la sostituzione della pena detentiva con le nuove pene sostitutive (art. 20-*bis* c.p.) ove la stessa sia contenuta nei limiti stabiliti dall'art. 53 l. 24 novembre 1991, n. 689.

Come si specificherà in seguito, in questa direzione muovono le variazioni, in realtà modeste, apportate alla disciplina del giudizio abbreviato, tutte preordinate a favorirne una maggiore funzionalità: la sua accresciuta appetibilità si connette, più propriamente, alla circostanza che la scelta del rito consente, in caso di condanna, di evitare la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

punizione più severa (pena detentiva) accedendo alle più miti pene sostitutive (semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità, pena pecuniaria), veicolate dal previsto sconto di pena. A prescindere da queste innovazioni riservate all'imputato, proprio il rinvio generale alle corrispondenti previsioni codicistiche comporta il possibile rifluire, delle altre modifiche introdotte, nella sede del giudizio abbreviato destinato all'ente.

I rinvii specifici e senza riserva alle disposizioni espressamente indicate (artt. 555 comma 2, 557 e 558, comma 8 c.p.p.) — a loro volta già applicabili in virtù della previsione generale di collegamento di cui all'art. 34 — si devono allo scrupolo del legislatore che ha voluto eliminare ogni dubbio sulla loro applicabilità. Come stabilito espressamente, la loro operatività si riferisce all'ipotesi in cui l'illecito amministrativo dipenda da un reato-presupposto rientrante nella cognizione del tribunale monocratico e il relativo procedimento si snodi senza l'instaurazione dell'udienza preliminare, sede nella quale si colloca — di regola — la scelta dell'abbreviato nel termine ivi previsto (art. 438 comma 2 c.p.p.). Sono i casi di citazione diretta a giudizio, di procedimento per decreto e di giudizio direttissimo per i quali le norme richiamate fissano i differenti termini per l'attivazione del rito abbreviato.

Quanto alle ipotesi di citazione diretta, si deve osservare che la ricordata manovra legislativa di riforma, nel confermare la mancanza dell'udienza preliminare, ha previsto tuttavia che l'iniziativa del pubblico ministero comporti l'instaurazione della udienza di comparizione predibattimentale (art. 554-*bis* c.p.p.): questa è finalizzata al controllo giurisdizionale sulla scelta di esercitare l'azione penale ed è sede di possibile definizione anticipata del giudizio. In questo ambito, pertanto, è stata collocata l'eventuale richiesta dell'imputato di accedere ai riti alternativi nella sua disponibilità (abbreviato, patteggiamento e messa alla prova) oltre che di fare domanda di oblazione (artt. 544-*ter* comma 2 c.p.p.). Ciò ha comportato l'abrogazione della disposizione dell'art. 555 comma 2 c.p.p. che in precedenza innestava tale richiesta appunto nell'udienza dibattimentale, divenuta ora residuale. Alla luce di questa variazione il rinvio alla disposizione dell'art. 550 comma 2 c.p.p. va letto come riferito al nuovo art. 544-*ter* comma 2 c.p.p., comunque applicabile *ex* art. 34; stando alla norma, l'opzione per il rito abbreviato va ora effettuata prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, possibile epilogo della udienza di comparizione predibattimentale.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Resta fermo che, in relazione a procedimento per decreto e a giudizio direttissimo, i termini per l'istanza di giudizio abbreviato sono quelli indicati dalle disposizioni cui l'art 62 comma 2 rimanda e, nello specifico, rispettivamente, con l'atto di opposizione al decreto penale (art. 557 c.p.p.); subito dopo l'udienza di convalida (dell'arresto in flagranza) (art. 558, comma 8 c.p.p.), ma più propriamente, non essendo ipotizzabile l'arresto in flagranza dell'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento a norma dell'art. 452 comma 2 c.p.p. cui rinvia lo stesso art. 558 comma 8 c.p.p.

Sul particolare ambito del procedimento monocratico si è concentrata l'attenzione del legislatore sebbene anche nei procedimenti davanti al tribunale collegiale possano verificarsi situazioni prive dell'udienza preliminare nelle quali è possibile innestare la scelta del rito. Così accade nel giudizio immediato (art. 458 c.p.p.) e nel giudizio direttissimo (art. 452 comma 2 c.p.p.) ove all'abbreviato si può fare luogo per loro conversione; eguale possibilità è data in occasione dell'opposizione a decreto penale (art. 464 c.p.p.). Benché le disposizioni codicistiche che dispongono al riguardo non siano contemplate dalla norma dell'art. 62, si deve dare per ammessa la loro applicabilità con conseguente praticabilità dell'abbreviato nei procedimenti per illeciti dipendenti da reati-presupposto di pertinenza del tribunale collegiale, instaurati nella forma del giudizio immediato, direttissimo e per decreto penale nei limiti temporali e con le modalità ivi previsti. A questa conclusione si giunge per il tramite della norma dell'art. 34 che, come detto, opera il raccordo tra disciplina stabilita nel codice di rito e quella dettata per l'ente.

4. (*Segue*): i presupposti.

In relazione al giudizio abbreviato applicabile all'ente si contempla uno specifico presupposto che funge da condizione di ammissibilità del rito. Dispone, infatti, l'art. 62 comma 4 che « in ogni caso il giudizio abbreviato non è ammesso quando per l'illecito amministrativo è prevista l'applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva ». La norma replica una preclusione stabilita — dopo alterne vicende che si sono consumate tra interventi della Corte costituzionale e del legislatore — anche a proposito del giudizio abbreviato destinato all'autore (persona fisica) del reato: si tratta del divieto di accesso al rito ove si proceda per delitti puniti con la pena dell'ergastolo (art. 438 comma 1-*bis* c.p.p.) sancito espressamente dalla successiva l. 12 aprile 2019 n.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

33. Tale preclusione pertanto era sconosciuta all'assetto del rito riferito all'imputato, quale vigente al momento del varo del "sistema 231". La Relazione rendeva conto di questa diversità di regime osservando che, permettere in tal caso (sanzione interdittiva definitiva) il giudizio abbreviato, avrebbe comportato la trasformazione della sanzione definitiva in temporanea, mutazione che avrebbe vanificato l'esigenza sottintesa di estromettere definitivamente dal mondo giuridico enti che abbiano commesso, in via reiterata, gravissimi illeciti.

La soluzione legislativa aveva suscitato riserve sul piano della legittimità costituzionale (art. 3 Cost.) per la disparità ravvisabile tra il trattamento riservato all'ente e quello stabilito per l'autore del reato (Ferrua); nondimeno, doveva ritenersi coerente con i vincoli derivanti dalla l. delega (l. n. 300 del 2000, art. 11 lett. *n*) che, appunto, collega l'esclusione delle sanzioni interdittive a comportamenti dell'ente di riparazione o reintegrazione rispetto all'offesa realizzata, anziché a sue scelte meramente processuali. Del resto, la stessa previsione dei procedimenti speciali, non espressamente contemplati dalla l. delega, è stata giustificata dalla Relazione sulla premessa della loro esclusiva idoneità a provocare la sola riduzione della sanzione, vale a dire senza determinare la sua trasformazione. Da aggiungere che, a ben vedere, l'interdizione definitiva per l'ente è prossima più alla pena di morte che all'ergastolo (Giordanengo; Ceresa-Gastaldo) e per questo motivo la sua situazione normativa non poteva propriamente essere comparata con quella prevista per l'autore del reato.

Una volta allineate le rispettive posizioni, occorre segnalare che il vero nodo problematico si rintraccia sul piano operativo della preclusione, riferita ai casi in cui per l'illecito amministrativo è *prevista* l'applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva. Una preclusione simmetrica è dettata, per il diverso procedimento speciale dell'applicazione della sanzione su richiesta, dall'art. 63 comma 3 ove, invece, si allude ai casi in cui il giudice *ritiene* debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva. Il raffronto tra le due norme lascia intendere che lo sbarramento al giudizio abbreviato dipende dalla previsione *ex lege* di sanzioni interdittive di tipo definitivo, mentre quello fissato per l'applicazione della sanzione su richiesta è conseguente a una valutazione rimessa al giudice in sede di commisurazione.

In realtà, il quadro sanzionatorio stabilito per l'ente non contempla fattispecie di interdizioni definitive come categoria autonoma e distinta dalle sanzioni pecuniarie e da quelle interdittive *tout court*. Nemmeno le ipotesi indicate dall'art. 16 (sanzioni interdittive applicate in via

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

definitiva) possono dirsi predeterminate in astratto dal legislatore dal momento che la norma affida al giudice la valutazione circa l'applicabilità in concreto della sanzione interdittiva definitiva. Sia quanto alla sanzione della interdizione dall'esercizio dell'attività (art. 16 comma 1) sia quanto a quelle del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione e del divieto di pubblicizzare bene e servizi (art. 16 comma 2), oltre al riscontro di taluni dati oggettivi necessariamente risultanti dalla imputazione (numero — tre — delle precedenti condanne dell'ente e arco temporale — ultimi sette anni — nel quale le stesse siano state irrogate e, per la prima sanzione, anche la determinazione della rilevante entità del profitto tratto dal reato), si esige una valutazione prognostica sul futuro comportamento dell'ente.

Anche l'ipotesi regolata dal comma 3 dell'art. 16 (applicabile in virtù di espresso rinvio nei casi previsti dagli artt. 25-*ter* comma 4, 25-*quater* comma 3, 25-*quinquies* comma 3 e 25-*undecies* comma 8 per i gravi delitti ivi contemplati) non sfugge alla discrezionalità del giudice. Solo in apparenza la sanzione interdittiva definitiva ivi contemplata può dirsi obbligatoriamente prevista; a ben vedere, al giudice spetta diagnosticare che l'ente o una sua unità organizzativa è stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati-presupposto della responsabilità amministrativa.

La componente valutativa riscontrata in tutte e in ciascuna delle ipotesi regolate dall'art. 16, poiché attinente a decisione compiuta prima del completo accertamento della responsabilità dell'ente, espone la decisione stessa circa l'ammissibilità del rito abbreviato a rischi di errore: non si può escludere, insomma, che l'esito del giudizio (ordinario) smentisca la valutazione effettuata dal giudice. Può accadere, infatti, che l'accesso al rito abbreviato sia negato e di conseguenza il processo si incanali verso la forma del giudizio ordinario; tuttavia, gli elementi acquisiti in dibattimento orientino a condannare l'ente alla sola interdizione temporanea o addirittura solamente alla sanzione pecuniaria. Può accadere, di contro, che, ammesso il giudizio abbreviato, il giudice si trovi nella condizione di applicare proprio la sanzione interdittiva definitiva nemmeno ipotizzata o addirittura pronosticata come non fondata. In relazione ad entrambe le situazioni, riconducibili a difetti di valutazione, la disposizione dell'art. 62 non contempla alcun rimedio e pertanto la lacuna normativa va esaminata ed eventualmente colmata con riferimento a ciascuna di esse.

Il caso di abbreviato erroneamente escluso evoca l'ipotesi analoga di rigetto — ingiustificato — della richiesta, presentata dall'imputato,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di giudizio abbreviato condizionato ad una integrazione probatoria, anch'essa fondata sulla valutazione discrezionale del giudice (art. 438 comma 5 c.p.p.); l'ipotesi è stata sperimentata nel contesto codicistico e ivi risolta da una pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 169 del 2003), in seguito ulteriormente puntualizzata dalla Cassazione a Sezioni unite. Secondo la Corte costituzionale, si deve ammettere che l'imputato rinnovi la richiesta condizionata prima della apertura del dibattimento in tal modo sollecitando il sindacato del giudice dibattimentale sulla decisione negativa di accesso all'abbreviato: ove la stessa sia ritenuta ingiustificata, spetta al giudice disporre il giudizio abbreviato.

Stando alle Sezioni unite (Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, Waijb) anche l'eventuale decisione negativa del giudice dibattimentale è suscettibile di controllo dal momento che l'erronea esclusione del giudizio abbreviato priva l'imputato della riduzione premiale di un terzo, connessa al rito, e perciò incide sulla legalità della pena inflitta con la sentenza di condanna.

Pertanto, si è stabilito che: *a*) lo stesso giudice dibattimentale, a conclusione del dibattimento e tenendo conto delle risultanze istruttorie, deve verificare la sua precedente valutazione di esclusione del giudizio abbreviato e, ove la ritenga erronea, applicare la riduzione premiale della pena; tale verifica si impone anche per l'ipotesi in cui la richiesta sia formulata per la prima volta direttamente al giudice del dibattimento, in sede di giudizio direttissimo o per citazione diretta; *b*) comunque — vale a dire anche nel caso in cui il giudice dibattimentale abbia respinto la richiesta di giudizio abbreviato condizionato riproposta *in limine* — l'imputato può appellare la sentenza di condanna pronunciata in esito al giudizio di primo grado censurando con specifico motivo il profilo della illegalità della pena e il giudice d'appello, ove rilevata l'infondatezza del diniego all'accesso al giudizio abbreviato, dovrà operare la riduzione premiale di un terzo. In entrambi i casi, come è evidente, si prescinde dalla celebrazione del giudizio abbreviato; la riduzione sanzionatoria è considerata necessaria riparazione di un errore che ha compromesso la legalità della pena e pregiudicato il diritto al premio previsto dal procedimento speciale; unica condizione è che l'imputato si sia attivato rinnovando la richiesta già respinta.

Dalla interpretazione delle Sezioni unite emerge, in sostanza, che a lato del controllo pre-dibattimentale, sancito dalla citata pronuncia della Corte costituzionale, si colloca un eventuale sindacato post-dibattimentale che anticipa, evitandolo, l'interpello e la decisione del giudice di secondo grado.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Una successiva pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost., 29 giugno 2021, n. 127) ha affermato ancora valida la soluzione enunciata nella sentenza n. 169 del 2003; questa, difatti, è stata dichiarata operante anche dopo che il legislatore ha previsto una apposita specifica disciplina con riguardo alla *diversa* ipotesi sopravvenuta di preclusione all'accesso al rito abbreviato motivata dal titolo del reato (delitto puniti con la pena dell'ergastolo *ex* art. 438 comma 1-*bis* c.p.p.). Il nuovo regime, a detta della Corte, si aggiunge a quello risultante dal suo precedente intervento: in sostanza, anche in relazione alla fattispecie introdotta *ex novo* si è inteso tutelare l'imputato a fronte di una erronea decisione negativa. Gli è consentito rinnovare la relativa richiesta nella stessa udienza preliminare e fino alla presentazione delle conclusioni secondo quanto espressamente prescritto (art. 438 comma 6 c.p.p. come interpolato dalla l. n. 33 del 2019). Va tenuto presente, inoltre, che neppure l'esclusione del rito ribadita dal giudice dell'udienza preliminare è in grado di impedire l'attivazione di un ulteriore successivo rimedio. Al giudice del dibattimento compete valutare, in esito al dibattimento stesso, se il fatto risulti non sanzionabile con la pena dell'ergastolo — e ciò a prescindere dalla correttezza della imputazione originaria — situazione cui segue, per il caso di condanna, l'applicazione della riduzione di pena *ex* art. 442 comma 2 c.p.p. (art. 438 comma 6-*ter* c.p.p.).

È importante osservare che, per effetto della regolamentazione messa a punto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla l. n. 33 del 2019, all'imputato è sempre offerta la garanzia sia di un sindacato sulla decisione impeditiva del rito abbreviato sia di un recupero della diminuente premiale quale rimedio alla erronea valutazione giudiziale. Restano differenti le correlative modalità in ragione della diversa situazione che integra lo sbarramento: l'una, riferita alla richiesta di integrazione probatoria, ammette anche un accesso (tardivo) allo stesso rito abbreviato se la richiesta è rinnovata in fase predibattimentale; l'altra, relativa al titolo del reato, consente l'applicazione del premio sanzionatorio in esito al dibattimento se la relativa istanza è dichiarata inammissibile nell'udienza preliminare.

L'assetto risultante da questi interventi è rifluito nella disciplina del giudizio abbreviato come ritoccata dalla *riforma Cartabia*. Con essa, anzitutto, si è conservato il regime già stabilito per la preclusione relativa a reati puniti con l'ergastolo (art. 438 comma 6-*ter* primo periodo c.p.p.) e, in secondo luogo, si è codificato il meccanismo di sindacato introdotto dalla Corte costituzionale (sent. n. 169 del 2003)

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

valido « [In] ogni altro caso in cui la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile o rigettata » (art. 438 comma 6-*ter* secondo periodo c.p.p.), secondo una formulazione certamente riferibile all'ipotesi di richiesta condizionata: al riguardo, si è resa esplicita la possibilità di rinnovare *in limine* al dibattimento la richiesta di giudizio abbreviato con successiva eventuale instaurazione del rito.

La traduzione normativa dell'insegnamento costituzionale colma opportunamente una lacuna normativa inspiegabilmente sfuggita al precedente legislatore; nondimeno, la nuova previsione, incentrata com'è sul controllo pre-dibattimentale, rende problematico stabilire se sia ancora ammissibile quel sindacato post-dibattimentale, previsto quell'ulteriore rimedio, successivo, dalla giurisprudenza delle Sezioni unite (Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, Waijb).

Le soluzioni sancite in sede codicistica possono ora essere valutate con riferimento alla disciplina del processo agli enti ed alla regolamentazione del giudizio abbreviato di cui all'art. 62. In questo ambito, quando il rigetto sia motivato dallo sbarramento derivante dalla preclusione *ex* art. 62 comma 4, si configura una situazione analoga a quella provocata dalla preclusione concernente un reato punibile con la pena dell'ergastolo (art. 438 comma 1-*bis* c.p.p.). In entrambi i casi il problema sorge laddove la prognosi di applicabilità della sanzione più severa sia smentita dall'*esito* del giudizio dibattimentale celebrato proprio per effetto del rigetto della richiesta di giudizio abbreviato; per questa ragione, benché la fattispecie impeditiva delineata per la persona giuridica sia difforme da quella definita per la persona fisica, non pare incoerente ritenere che per ambedue valga l'identico rimedio previsto dall'art. 438 comma 6-*ter* primo periodo c.p.p. In sostanza, per il caso in cui l'accesso al giudizio abbreviato sia stato negato all'ente in ragione della condizione stabilita dall'art. 62 comma 4, ma gli elementi acquisiti in dibattimento orientino a condannare l'ente alla sola interdizione temporanea o addirittura solamente alla sanzione pecuniaria, l'applicazione della diminuente sanzionatoria ripristina il diritto al premio connesso al rito speciale: stando alla formulazione letterale della nuova norma (art. 438 comma 6-*ter* secondo periodo c.p.p.), nemmeno si obbliga l'ente a rinnovare la richiesta di giudizio abbreviato prima dell'apertura del dibattimento.

Quanto al caso opposto di accesso consentito al giudizio abbreviato che, tuttavia, si concluda con l'applicazione della sanzione interdittiva in via definitiva erroneamente non pronosticata dal giudice, uno

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

spunto risolutivo può essere ricavato dalla previsione dettata a proposito della parallela preclusione codicistica. La situazione di illegittima celebrazione del rito potrebbe essere superata mediante applicazione della regola sancita dall'art. 441-*bis* comma 1-*bis* c.p.p.: pensata, appunto, per l'ipotesi in cui, a seguito di una sopravvenuta modifica della imputazione il reato, contestato originariamente, risulti punibile con la pena dell'ergastolo, la norma ammette un intervento autoritativo del giudice, estraneo alla precedente disciplina. Spetta al giudice, infatti, disporre d'ufficio la revoca dell'ordinanza di ammissione al giudizio abbreviato con conseguente declaratoria di inammissibilità *ex post*, in grado di travolgere il complesso dell'attività svolta e prosecuzione del procedimento nelle forme ordinarie.

Si è osservato correttamente (CERESA-GASTALDO) che tale conversione del rito speciale in giudizio ordinario non è priva di controindicazioni: la inevitabile necessaria rinnovazione del grado di giudizio compromette le esigenze di economia processuale e il suo esito può ricavare dal primo un condizionamento "psicologico". È indubbio, nondimeno, che in tal modo si evitano conseguenze ancor più rilevanti: quella, da un lato, di condannare alla interdizione definitiva tralasciando le riduzioni sanzionatorie connesse alla scelta del rito e, dall'altro, di premiare comunque tale opzione applicando una sanzione temporanea, ma in violazione della preclusione di cui all'art. 62.

5. (*Segue*): le condotte riparatorie *ex* art. 17.

La disciplina del giudizio abbreviato presenta un profilo critico con riguardo alla operatività delle condotte riparatorie contemplate dall'art. 17, il quale stabilisce che le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente abbia adempiuto alle condizioni ivi previste: si tratta del risarcimento del danno e della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nonché della eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato e, inoltre, della messa a disposizione del profitto ai fini della confisca. La loro idoneità a rimuovere l'applicazione delle sanzioni interdittive è sancita anche in relazione a quelle definitive di cui all'art. 16 comma 1 e 2. È chiaro che, ove queste condotte siano già state integrate al momento della richiesta di giudizio abbreviato, da un lato, verrebbe meno la preclusione di cui all'art. 62 comma 4 e, quindi, lo sbarramento al rito; dall'altro, si

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

consentirebbe all'ente ammesso al giudizio abbreviato di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive.

Il problema si pone a causa della sfasatura riscontrabile tra il limite temporale fissato per gli adempimenti di riparazione (prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: art. 17 comma 1) e quello utile per la richiesta di giudizio abbreviato (precisazione delle conclusioni in udienza preliminare: art. 438 comma 2 c.p.p.). Quest'ultimo termine risulta anticipato rispetto al primo con la conseguenza che l'accesso al giudizio abbreviato può essere impedito dalla declaratoria di inammissibilità dovuta alla preclusione di cui all'art. 62 comma 4 mentre le condotte riparatorie sono ancora legittimamente consentite.

La sfasatura segnalata non dipende solamente da un difetto di coordinamento tra i due diversi termini, vale a dire tra la disciplina del giudizio abbreviato (art. 62 comma 4) e quella della riparazione delle conseguenze del reato (art. 17). A ben vedere la questione si pone su un piano più generale e investe le scelte di sistema operate dal legislatore. Nel contesto processuale *de societate* la conoscibilità della pendenza del procedimento è veicolata dai medesimi meccanismi operanti nel sistema codicistico: accesso al registro delle notizie di reato *ex* art. 55 (che rinvia all'art. 335 c.p.p.); informazione di garanzia *ex* art. 57 e informazione sul diritto di difesa di cui all'art. 369-*bis* c.p.p. (in virtù del richiamo generale *ex* art 34); notifica della richiesta di proroga dei termini delle indagini a norma dell'art. 406 comma 3 c.p.p. (sempre in virtù del richiamo generale *ex* art 34).

Come è noto, per ciascuno di questi istituti sono previsti limiti e condizioni così che nessuno di essi assicura la conoscenza delle indagini in corso dipendendo per lo più da scelte discrezionali del pubblico ministero circa le esigenze di segretezza investigativa. L'ente, così come l'autore del reato, non ha la garanzia di essere informato della sua situazione di indagato e nemmeno di essere informato con tempestività. Pertanto può trovarsi nella impossibilità oggettiva di fare luogo, prima della richiesta di giudizio abbreviato, alle condotte riparatorie che gli permetterebbero di neutralizzare la preclusione di cui all'art. 62 comma 4.

Senza ipotizzare profili di illegittimità costituzionale, il problema può trovare soluzione facendo leva sulla norma dell'art. 65 intesa in senso estensivo; vi si prevede una possibile sospensione del processo, disposta dal giudice prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, proprio al fine di consentire all'ente di provvedere alle attività riparatorie e sempre che lo stesso dimostri di essere stato nell'impos-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sibilità di effettuarle in precedenza. Adattandola al caso del giudizio abbreviato, la disposizione dell'art. 65 consente una sospensione della sua fase introduttiva e permette all'ente — che appunto si sia trovato nella situazione di oggettiva impossibilità — di integrare le attività *ex* art. 17; l'effetto è duplice come già osservato: anzitutto quello di rimuovere la preclusione di cui all'art. 62 comma 4 con conseguente accesso al procedimento speciale; in secondo luogo, quello di evitare, in esito al giudizio, l'applicazione di sanzioni interdittive. Tale ipotesi interpretativa risulta coerente con la complessiva normativa della responsabilità delle persone giuridiche: recuperare uno spazio operativo alle condotte riparatorie allinea la regolamentazione del giudizio abbreviato alla finalità di promuovere il recupero dell'ente alla legalità, obiettivo cui in generale è preordinata anche e soprattutto la disciplina processuale.

6. (*Segue*): i termini per la richiesta e la legittimazione.

Al di fuori delle ipotesi considerate negli artt. [555 comma 2] 554-*ter* comma 2 (v. *supra*, § 3), 557 e 558 comma 8 c.p.p. — richiamate dall'art. 62 comma 2 — che stabiliscono autonomamente i termini per la richiesta di giudizio abbreviato, questa di regola deve essere presentata nel corso dell'udienza preliminare fino a che non siano state formulate le conclusioni (artt. 421 e 422 c.p.p.), secondo quanto dispone l'art. 438 comma 2 c.p.p.

A seguito delle declaratorie di illegittimità costituzionale che hanno investito gli artt. 516 e 517 c.p.p., ulteriori possibilità sono date per il caso in cui, in dibattimento, il pubblico ministero modifichi l'imputazione sia contestando un fatto diverso o un reato concorrente (Corte cost. sent. n. 333 del 2009) o, ancora, una circostanza aggravante (Corte cost. sent. n. 139 del 2015), *già risultanti* dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, sia contestando in via suppletiva un reato concorrente *emerso nel corso* della istruzione dibattimentale (Corte cost. sent. n. 237 del 2012) nonché un fatto diverso sempre *emerso nel corso* della istruzione dibattimentale (Corte cost. sent. n. 273 del 2014). L'insegnamento della Corte costituzionale ha trovato traduzione normativa nell'art. 519 comma 1 c.p.p. come modificato dalla *riforma Cartabia* (art. 30 comma 1 lett. l nn. 1-2 d.lgs. n. 150 del 2010): in tali ipotesi, l'imputato — e quindi l'ente — ha la facoltà, della quale deve essere informato dal presidente, di chiedere il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione.

Sempre dalla norma dell'art. 438 comma 2 c.p.p. si ricava che legittimato alla richiesta è l'ente nella persona del suo legale rappresentante, il quale può provvedervi personalmente e, quindi, previa regolare costituzione (art. 39) ovvero tramite un procuratore speciale nominato a tal fine. Trattandosi di atto personalissimo e perciò di stretta pertinenza dell'ente, si deve escludere che autonoma legittimazione spetti al difensore nominato tanto di fiducia quanto d'ufficio: una sua iniziativa può ammettersi solamente in via derivata, vale a dire in presenza e per effetto di procura speciale appositamente conferitagli. Un simile limite opera anche ove il difensore sia rappresentante necessario dell'ente costituitosi, situazione che si verifica quando all'udienza preliminare non compare il suo legale rappresentante (art. 39 comma 4): la costituzione implica, infatti, la nomina del difensore nonché l'indicazione della relativa procura la quale, rilasciata nelle forme di cui all'art. 100 c.p.p., lo abilita a stare in giudizio in vece dell'ente senza attribuirgli l'esercizio dei poteri a questo riservati come si ricava dai limiti espressamente previsti dall'art. 100 comma 4 c.p.p.

Analoga è la soluzione da proporre per il caso in cui l'ente non si sia costituito, scelta rimessa alla sua discrezionalità. L'omessa costituzione, mentre provoca la contumacia dell'ente nella sede dell'udienza preliminare come in giudizio (art. 41), comprime, inoltre, stando a quanto stabilito dalla Cassazione a sezioni unite, (Cass., sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni), il suo diritto di avvalersi del difensore nominato di fiducia a norma dell'art. 96 c.p.p. e comporta che alla sua assistenza difensiva provveda il difensore d'ufficio (v. *supra*, cap. XIV, § 5): in ogni caso, a questi, che appunto rappresenta l'ente contumace, non può essere riconosciuta la titolarità della richiesta di giudizio abbreviato salva una espressa procura *ad hoc*.

Vicende modificative possono interessare l'ente nel corso del procedimento integrando le ipotesi di sua trasformazione (art. 28), fusione (art. 29) o scissione (art. 30). In proposito dispone l'art. 42 col prevedere che il procedimento prosegue nei confronti dell'ente risultante il quale vi partecipa nello stato in cui lo stesso procedimento si trova, depositando la dichiarazione di cui all'art. 39: si ipotizza, in sostanza, una successione nel processo del "nuovo" ente cui è rimessa la scelta di costituirsi o meno. E, per il caso di sua costituzione, è evidente che l'ente è legittimato alla richiesta di giudizio abbreviato sempre che non siano scaduti i termini prescritti.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Più problematica da risolvere la situazione contraria, quella in cui l'ente risultante dalla modificazione decida di non costituirsi, rimanendo così estraneo alla scena processuale. La questione va affrontata leggendo la norma dell'art. 42 in raccordo con quella dell'art. 70 comma 2, quest'ultima destinata appunto a regolare gli effetti della sentenza pronunciata in esito a un giudizio nel quale il "nuovo" ente non si sia costituito. *Ratio* della previsione è quella di evitare che, attraverso la mancata partecipazione, l'ente si sottragga al giudicato: perciò si dispone che la sentenza, inevitabilmente pronunciata a carico dell'ente originariamente responsabile, abbia effetto anche nei confronti dell'ente risultante dalla vicenda modificativa (art. 70 comma 2). Il dettato legislativo non contempla alcuna forma di interruzione del giudizio né impone al giudice alcun adempimento inteso sia ad accertare l'eventuale modifica sopravvenuta dell'ente originario sia a provocare la costituzione dell'ente risultante. Se ne ricava che, in difetto della costituzione di quest'ultimo, il procedimento continua a svolgersi nei confronti dell'ente originario (Belluta; Napoleoni) al quale solamente può riconoscersi la legittimazione alla richiesta di giudizio abbreviato.

7. (*Segue*): tipologie della richiesta, poteri delle parti e effetti preclusivi.

Due sono le tipologie della richiesta di giudizio abbreviato — da presentare oralmente o per iscritto (art. 438 comma 2 c.p.p.) — entrambe nella libera ed esclusiva disponibilità dell'ente.

La prima si sostanzia in una richiesta semplice, la quale traduce la volontà dell'ente che « il processo sia definito in udienza preliminare allo stato degli atti » (art. 438 comma 1 c.p.p.), vale a dire alla stregua delle risultanze investigative cui viene riconosciuto valore probatorio con contestuale rinuncia alla loro elaborazione in contraddittorio. L'iniziativa dell'ente — anch'essa, al pari di quella dell'imputato, sottratta alla necessità di un'adesione del pubblico ministero — obbliga il giudice al controllo circa la sua ammissibilità, da svolgersi alla stregua dei criteri formali previsti dall'art. 438 c.p.p. e secondo la valutazione imposta dall'art. 62 comma 4. In sostanza, il giudice deve verificare, anzitutto, che la richiesta sia stata presentata da soggetto legittimato, entro il termine prescritto (art. 438 comma 2 c.p.p.) e che sia manifestazione di una scelta volontaria (art. 438 comma 3 c.p.p.); in secondo luogo, che l'accesso al rito non sia precluso dalla circostanza che per l'illecito amministrativo è prevista l'applicazione di una sanzione in via

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

definitiva (art. 64 comma 4). Pertanto, a differenza di quanto accade ove l'abbreviato sia oggetto di richiesta semplice da parte dell'imputato, l'accesso dell'ente al rito non è conseguenza automatica dell'esito positivo del vaglio giudiziale sui requisiti formali e ciò a causa dei margini di discrezionalità impliciti nel riscontro circa la sussistenza della preclusione stabilita dall'art. 62 comma 4.

A seguito delle modifiche introdotte dalla l. 23 giugno 2017 n. 103, è consentito avanzare la richiesta semplice « immediatamente dopo il deposito dei risultati delle investigazioni difensive » (art. 438 comma 4, secondo periodo c.p.p.). L'innovazione rimedia a un difetto di coordinamento della disciplina del rito in esame con quella, appunto, delle indagini difensive di cui alla precedente l. 7 dicembre 2000 n. 397 e, di fatto, recepisce l'insegnamento della Corte costituzionale: questa era intervenuta al riguardo a dissipare un dubbio di legittimità relativo alla posizione di svantaggio del pubblico ministero, privo della possibilità di avanzare a sua volta richieste di prova a fronte della iniziativa difensiva (Corte cost. sent. 184 del 2009).

Dando per acquisita la conformità costituzionale dell'ingresso e utilizzo con valore di prova di tali risultanze frutto di attività investigativa unilaterale — e ciò per effetto della rinuncia dell'imputato al contraddittorio implicita nella richiesta del rito (art. 111 comma 5 Cost.) — il legislatore ha provveduto a regolarne le conseguenze. Si riconosce al pubblico ministero il potere di chiedere termine — non eccedente i sessanta giorni e al cui decorso è differita la decisione del giudice sulla richiesta — per lo svolgimento di indagini suppletive limitate ai temi introdotti dalla difesa. Poiché l'iniziativa investigativa del titolare dell'accusa può provocare un mutamento del corredo decisorio in senso sfavorevole all'imputato, questi è autorizzato a revocare la richiesta con abbandono del giudizio abbreviato. Il nuovo regime codicistico non trova controindicazioni alla sua applicazione nella sede processuale configurata per l'ente che anzi, al pari dell'imputato, ne ricava un rafforzamento sul piano dell'esercizio delle prerogative difensive.

Il secondo tipo di richiesta assume una forma complessa: in tal caso, l'ente non si limita a manifestare la sua volontà di fruire del giudizio abbreviato, ma subordina l'attivazione del rito speciale alla condizione che abbia luogo una integrazione probatoria, ritenuta necessaria ai fini della decisione (art. 438 comma 5 c.p.p.). È suo onere fornire adeguato sostegno alla richiesta indicando oggetto della integrazione e mezzi di prova di cui si chiede l'assunzione. Complessa anche la delibazione demandata al giudice cui spetta, oltre al controllo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sui requisiti formali nonché circa l'eventuale sussistenza della preclusione *ex* art. 62 comma 4, anche la valutazione in ordine alla necessità della integrazione probatoria e alla sua compatibilità con le finalità di economia processuale cui è preordinato il rito abbreviato (art. 438 comma 5 c.p.p.).

Questo secondo parametro è stato variato in occasione della recente *riforma Cartabia*. Dapprima, in sede di attuazione del relativo principio di delega (l. 27 settembre 2021 n. 134, art. 1 comma 10 lett. *b* n. 1), il d.lgs. n. 150 del 2010, al fine di garantirne una maggiore oggettività, ha concentrato la valutazione sulla idoneità del giudizio abbreviato a realizzare comunque — vale a dire nonostante l'attività di integrazione probatoria — una « economia processuale in relazione ai prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale ». Successivamente, in sede di correttivi autorizzati dalla stessa l. delega (art. 1 comma 4), il d.lgs. 19 marzo 2024 n. 31, con lo scopo di dare maggiore effettività all'istituto, ha eliminato il richiamo ai « prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale »: attualmente, la valutazione giudiziale circa l'economia processuale dovuta alla scelta del rito va rapportata alla maggiore complessità del dibattimento piuttosto che alla prevedibile durata della istruzione con l'evidente risultato di assecondare esigenze deflative della fase dibattimentale.

Ove l'esito del vaglio sia positivo, il giudice dispone con ordinanza l'udienza di giudizio abbreviato; il rigetto della richiesta consegue alla valutazione di inammissibilità del rito, questa, tuttavia non impedisce la riproposizione della richiesta medesima purché entro il termine originario (art. 438 comma 2 c.p.p.). Rimane da stabilire, in proposito, se e quali rimedi siano dati all'ente; al riguardo è necessario distinguere a seconda che l'esclusione del rito sia motivata dalla ritenuta presenza della preclusione di cui all'art. 62 comma 4 ovvero dalla superfluità e non economicità della integrazione probatoria sollecitata dall'ente.

La prima questione attiene a entrambe le tipologie di richiesta dal momento che la citata preclusione configura uno sbarramento generale all'accesso al giudizio abbreviato; di essa si è trattato nel paragrafo relativo ai presupposti del giudizio abbreviato al quale si rinvia (v., *supra,* § 4); la seconda questione si riferisce alla sola richiesta condizionata. Per quest'ultima, anche nel processo *de societate* si deve dare per certa la praticabilità della soluzione indicata dalla Corte costituzionale (sent. n. 169 del 2003 cit.) circa l'abbreviato codicistico ora espressamente enunciata dalla nuova previsione dell'art. 438 comma 6-*ter* secondo periodo c.p.p.: all'ente è consentito attivare il sindacato

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del giudice dibattimentale, rinnovando prima della dichiarazione di apertura del dibattimento la richiesta condizionata all'integrazione probatoria; al giudice è riservata la possibilità di una diversa e positiva valutazione circa la sua necessità e utilità del rito a fini di economia processuale, con conseguente decisione di disporre il giudizio abbreviato.

Resta in ombra, come già osservato (v., *supra*, § 4), se sia tuttora praticabile il controllo post-dibattimentale ad opera dello stesso giudice nei confronti del rigetto della richiesta riproposta *in limine*, a suo tempo ammesso dalle Sezioni unite della cassazione (Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, Waijb).

Codificando una soluzione invalsa nella prassi, la l. n. 103 del 2017 ha espressamente previsto (art. 438 comma 5-*bis* c.p.p.) la possibilità che con la richiesta condizionata alla integrazione probatoria, e subordinatamente al suo rigetto, siano proposte anche una richiesta semplice nonché di applicazione della pena di cui all'art. 444 c.p.p. La nuova disposizione sancisce espressamente l'ammissibilità anche di una richiesta di applicazione della pena, scelta che era osteggiata dalla giurisprudenza per la ritenuta inconciliabilità di questo rito con il giudizio abbreviato. La modifica introdotta persegue un evidente scopo deflativo che non può dirsi di per sé estraneo alla dinamica del processo *de societate* né incompatibile con il relativo assetto normativo. Pure l'ente, come l'imputato, è sollecitato alla scelta di una soluzione alternativa del procedimento che, favorendo la sua definizione in udienza preliminare, eviti il passaggio al rito ordinario.

Occorre rilevare, tuttavia e anzitutto, che anche con riguardo all'ente le plurime opzioni consentite contestualmente lo espongono al rischio di una acquiescenza, manifestata in via preventiva, alla soluzione processuale (abbreviato senza integrazione probatoria e applicazione della pena) non ritenuta la più conveniente in prima battuta. In secondo luogo e in particolare, non va trascurato che l'accesso al "patteggiamento" — (applicazione della sanzione su richiesta *ex* art. 63) dell'ente è condizionato a specifici e speciali presupposti (v. *infra*, § 10): la loro integrazione sconta variabili attinenti anche a posizione e scelte dell'imputato nonché a valutazioni ampiamente discrezionali del giudice sottratte alla libera disponibilità dell'ente. Non è certo, pertanto, che questi possa agevolmente fruire della nuova opportunità di avanzare richiesta di questo rito speciale subordinata al rigetto di quella circa l'abbreviato, recando vantaggio alla celerità processuale.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Ad ambedue le tipologie di richieste (abbreviato semplice/abbreviato condizionato), sono connessi effetti peculiari anch'essi dovuti alla novella del 2017 e, data la loro portata sistematica, di certa trasferibilità nel contesto in esame. La scelta del giudizio abbreviato determina la sanatoria delle nullità, escluse le assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti da violazione di un divieto di legge; preclude, inoltre, ogni questione circa la competenza per territorio del giudice (art. 438 comma 6-*bis* c.p.p.). Le nuove previsioni si riallacciano a interpretazioni coltivate dalla giurisprudenza di legittimità, tuttavia con uno scostamento quanto al tema della incompetenza per territorio. Infatti, già la Cassazione (Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro), individuava nella richiesta di giudizio abbreviato una implicita efficacia sanante delle nullità a regime intermedio e relative: restavano eccepibili quelle assolute poiché poste a presidio di interessi generali. Analoga distinzione era posta con riguardo alle fattispecie di inutilizzabilità: sottratte ai poteri delle parti quelle c.d. patologiche, vale a dire attinenti a prove acquisite *contra legem*, sicuramente irrilevanti le inutilizzabilità sia fisiologiche sia relative, le une e le altre pensate per il dibattimento.

Tralasciando di approfondire le riserve avanzate dalla dottrina (LAVARINI) circa le ambiguità della traduzione normativa di questo orientamento, si deve osservare che ne deriva una compromissione del diritto di difesa anche per l'ente, posto nella alternativa di avvalersi del giudizio abbreviato o di rivendicare gli effetti dell'atto nullo. A proposito della preclusione circa la competenza per territorio si registra, invece, una disinvolta indifferenza verso la tutela di un valore di rango costituzionale (art. 25 Cost.) che nemmeno la Cassazione (Cass., sez. un., 29 marzo 2012, Forcelli) aveva trascurato di salvaguardare con una interpretazione invero più prudente. Anche al riguardo si prospetta, per l'ente non diversamente che per l'imputato, una problematica scelta alternativa: rinunciare al rito speciale o rinunciare a essere giudicato dal proprio giudice naturale.

8. (*Segue*): l'udienza.

Il giudizio abbreviato destinato all'ente segue le regole dettate nella corrispondente sede codicistica, richiamate dall'art. 62 comma 1, in quanto applicabili. Occorre, perciò, verificare la loro compatibilità con il particolare contesto in esame. Resta fermo che l'udienza si svolge in camera di consiglio; un adattamento si impone per la norma dell'art.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

441 comma 3 c.p.p. secondo la quale il giudice dispone l'udienza pubblica su richiesta di tutti gli imputati: riferita al processo alla *societas* la previsione va intesa nel senso che la relativa richiesta deve essere formulata sia dall'ente sia dall'imputato nel caso di processo cumulativo; basta quella del solo ente per il caso in cui si proceda separatamente nei suoi confronti.

Certamente incompatibile è la norma dell'art. 441 comma 4 c.p.p. che dispone in ordine alla parte civile: le si riconosce la possibilità di non accettare il rito abbreviato instaurato su richiesta dell'imputato, richiesta sulla quale non ha diritto di interloquire. Tale previsione è inapplicabile per il fatto che nell'ambito del processo *de societate* non è ipotizzabile la stessa costituzione di parte civile: la norma dell'art. 185 c.p., infatti, collega l'obbligo di risarcimento a un danno causato dal *reato* ed è discutibile che *l'illecito amministrativo* contestato all'ente — pur dipendente da un reato — sia di per sé fonte di responsabilità civile. In questo senso si è espressa la Corte di cassazione (Cass. 5 ottobre 2010, n. 2251), senza tuttavia porre fine a incertezze e oscillazioni della giurisprudenza anche di merito (v., *supra*, cap. XIV, § 10). Non è casuale, del resto, che l'istituto della costituzione di parte civile non sia contemplato in alcuna disposizione della disciplina destinata all'ente (d.lgs. n. 231 del 2001). L'azione di danno resta esercitabile direttamente nei confronti dell'autore del reato, nel processo penale a suo carico ove l'ente può semmai essere citato quale responsabile civile (artt. 83 ss. c.p.p.) (V., *supra*, cap. XIV, § 10).

Quanto alla restante disciplina del giudizio abbreviato codicistico non si prospettano profili di incompatibilità. Pertanto, e in sintesi, se instaurato nella forma semplice, la decisione è assunta « allo stato degli atti »: si tratta di quelli contenuti nel fascicolo del pubblico ministro, degli eventuali documenti prodotti dall'ente nonché delle risultanze delle indagini difensive eventualmente compiute e depositate contestualmente alla richiesta di giudizio abbreviato, secondo quanto affermato a suo tempo dalla Corte costituzionale (sent. n. 184 del 2009) ed ora espressamente sancito dalla l. n. 103 del 2017 con aggiunta del secondo periodo nel comma 4 dell'art. 438 c.p.p. È da tenere presente che, ove abbia avuto luogo attività di integrazione probatoria a norma dell'art. 422 c.p.p. e la richiesta sia ad essa successiva, anche le risultanze acquisite in udienza faranno parte del bagaglio conoscitivo a disposizione del giudice.

Se l'abbreviato è stato introdotto nella forma condizionata, ha luogo l'assunzione delle prove richieste dall'ente, cui il giudice è vincolato,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

previo il consueto vaglio di loro ammissibilità nella osservanza dei parametri di cui dell'art. 190 c.p.p. In adempimento del principio di parità tra le parti, in questo caso al pubblico ministero è attribuito il diritto alla ammissione della prova contraria sui fatti oggetto della prova dedotta dell'ente (art. 438 comma 5 c.p.p.).

In entrambe le situazioni (richiesta semplice e richiesta condizionata), al giudice che ritiene di non poter decidere alla stregua di quanto disponibile è riconosciuto il potere di assumere d'ufficio « gli elementi necessari ai fini della decisione » (art. 441 comma 5 c.p.p.) secondo le modalità stabilite per l'udienza preliminare (cui fa rinvio l'art. 441 comma 6 c.p.p.). In tutti i casi nei quali abbia luogo — vale a dire per effetto sia della integrazione richiesta dall'ente come condizione per il giudizio abbreviato, sia della iniziativa officiosa del giudice — l'attività di istruzione probatoria può provocare l'emergere di elementi in grado di modificare o integrare l'accusa originaria; nel giudizio abbreviato a carico dell'imputato il fenomeno consente la modifica della imputazione in applicazione dell'art. 423 c.p.p.

Anche nel processo *de societate* si deve ammettere la possibilità di modificare l'originaria contestazione dell'illecito, nelle medesime ipotesi indicate dall'art. 423 c.p.p. (per fatto diverso, per connessione *ex* art. 12 comma 1 lett. *b*, per circostanza aggravante: art. 423 comma 1 c.p.p.; per fatto nuovo: art. 423 comma 2 c.p.p.). È evidente che ciò si verifica quando il fatto illecito risulti diverso e quando emerga una circostanza aggravante o un fatto nuovo; non va esclusa nemmeno la configurabilità di una ipotesi di connessione tra illeciti amministrativi alla stregua dell'art. 12 comma 1 lett. *b* e, in particolare, per il vincolo della continuazione; questo istituto regolato dal codice penale (art. 81 c.p.) presuppone, come è noto, l'unicità del disegno criminoso nel cui ambito siano realizzate le violazioni di legge: rapportato all'ente, è sufficiente e necessario che le plurime condotte che integrano gli illeciti amministrativi siano state compiute in vista della realizzazione di un identico interesse dell'ente, interesse che configura l'identità del disegno criminoso (Bassi-Epidendio; Paolozzi).

Nei casi indicati, spettano all'ente le medesime prerogative riconosciute all'imputato; pertanto, la contestazione del fatto nuovo (art. 423 comma 2 c.p.p.) è subordinata, oltre che alla autorizzazione del giudice, al consenso dell'ente stesso; alla modifica della imputazione a norma dell'art. 423 comma 1 c.p.p. fa seguito, invece, la particolare procedura regolata dall'art. 441-*bis* c.p.p. la quale consente all'ente di optare per le forme ordinarie abbandonando il rito semplificato ovvero di prose-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

guire con le forme del giudizio abbreviato accettando l'imputazione modificata. In tal caso, si ripristina il suo diritto alla ammissione di prove nuove e senza i limiti propri dell'abbreviato e, in nome della parità tra le parti, anche quello del pubblico ministero alla ammissione della prova contraria sui fatti oggetto della prova "diretta" dedotta dall'ente (art. 441-*bis* comma 5 c.p.p.).

9. (*Segue*): le sentenze conclusive e il regime delle impugnazioni.

Il giudizio abbreviato è un procedimento "aperto" ai diversi esiti stabiliti dagli artt. 66, 67 e 69 per quello celebrato con le forme ordinarie. Sia l'accertata insussistenza dell'illecito amministrativo sia la mancanza, l'insufficienza o la contraddittorietà della prova dell'illecito stesso sfociano nella sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente (art. 66). Alla sentenza di non doversi procedere si fa luogo nei casi, rispettivamente, di decadenza dalla contestazione per estinzione del reato e di estinzione della sanzione per prescrizione (art. 67). Infine, la sentenza di condanna presuppone la responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo contestato (art. 69): ad essa si collegano gli effetti premiali del rito regolati dalla disposizione dell'art. 62 comma 3. La norma richiama la riduzione — di un terzo, per i delitti, e della metà per le contravvenzioni, secondo la differenziazione, introdotta *ex novo* dalla l. n. 103 del 2017, che trova riscontro nel catalogo dei reati presupposto contemplati per l'ente, comprensivo di entrambe le fattispecie (v. artt. 25-*ter* comma 1 lett. *d*, *f*, *m* quanto alle contravvenzioni) — di cui all'art. 442 comma 2 c.p.p., la riferisce alla sanzione pecuniaria e a quella interdittiva e determina le modalità di calcolo specificando che la riduzione va operata sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare di quella pecuniaria.

Stando all'art. 13, la durata della sanzione interdittiva oscilla tra un minimo di tre mesi e un massimo di due anni; resta salva la deroga stabilita dall'art. 25 comma 5 che, in relazione ai delitti espressamente indicati nei relativi commi 2 e 3, fissa una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni (v., *supra*, cap. XI, § 6): la riduzione viene a incidere su quella determinata in concreto dal giudice. Quanto alla sanzione pecuniaria, è necessario tenere presente il particolare regime di commisurazione stabilito dall'art. 10. Al giudice è demandata una duplice operazione: la prima si risolve nel determinare il numero delle quote alla stregua dei parametri di cui all'art. 11 relativi alla gravità dell'illecito e la seconda nel fissarne l'importo sulla base delle

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

condizioni economiche dell'ente; sul *quantum* che ne risulta va effettuata la riduzione nella entità consentita (di un terzo o della metà in relazione al tipo di reato — rispettivamente delitto o contravvenzione — per cui si procede).

In aderenza alla logica deflativa che ha ispirato la complessiva manovra riformatrice, la recente *riforma Cartabia* ha previsto per il giudizio abbreviato un ulteriore vantaggio premiale destinato a incentivare la rinuncia a contestare la sentenza di condanna così da provocare la chiusura del procedimento. Si sostanzia nella riduzione di un sesto della pena (art. 442 comma 2-*bis* c.p.p.), che si aggiunge a quello già applicato ed è demandata alla competenza del giudice della esecuzione; questo vi provvede — d'ufficio (art. 676 comma 3-*bis* c.p.p.) dopo la modifica razionalizzatrice operata dal d.lgs. n. 31 del 2024 che ha rimosso l'obbligatorio impulso di parte — ove né l'imputato né il suo difensore abbiano proposto impugnazione (sia appello sia ricorso per cassazione). A questa previsione, in quanto sopravvenuta, non fa né poteva fare richiamo il legislatore del processo *de societate*: la sua riferibilità all'ente può essere recuperata mediante sia il rinvio generale alla corrispondente disciplina codicistica (art. 62 comma 1) sia tramite la norma di collegamento dell'art. 34 senza che si frappongano ostacoli di compatibilità in ragione delle finalità perseguite (deflative delle impugnazioni e di *favor* per il giudizio abbreviato) certamente coerenti con il sistema dei riti speciali delineati dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Sono escluse da qualunque effetto premiale le altre sanzioni contemplate dall'art. 9; la confisca del prezzo o del profitto del reato ovvero per equivalente segue inevitabile la condanna dell'ente (art. 19); la pubblicazione della sentenza resta applicabile ove la condanna sia a sanzione interdittiva (art. 18). Peraltro, la sentenza di condanna è destinata a essere iscritta nell'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative dipendenti da reato (art. 9 d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313) e a sottostare al relativo sistema di conoscibilità da parte dell'autorità giudiziaria, pubbliche amministrazioni e gestori di pubblici servizi.

In assenza di previsioni specifiche, la sentenza emessa in esito al giudizio abbreviato è suscettibile delle medesime impugnazioni contemplate in sede codicistica per il rito, richiamate con rinvio (art. 62 comma 1). La specialità del procedimento comporta la specialità delle regole delle impugnazioni, autonome e prevalenti rispetto a quelle generali dettate dall'art. 71.

L'appello avverso la *sentenza di proscioglimento* è consentito al pubblico ministero, dopo che la Corte costituzionale (sent. n. 320 del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2007) ha provveduto a dichiarare illegittima la preclusione introdotta dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46 (art. 443 comma 1 c.p.p.). L'identica preclusione all'appello, tuttora prevista in relazione all'imputato — salvo il caso di assoluzione per difetto di imputabilità derivante da vizio totale di mente (Corte cost. sent. n. 274 del 2009), ipotesi non riferibile alla persona giuridica — si trasferisce in capo all'ente. Una situazione quasi contraria si verifica quanto alla *sentenza di condanna*: appellabile senza condizioni dall'ente per il quale non opera la preclusione sancita « in ogni caso » dall'art. 593 comma 3 c.p.p. (condanne le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda o la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità) data l'autonomia del quadro sanzionatorio contemplato per esso; appellabile dal pubblico ministero solamente quando il giudice abbia modificato il titolo del reato (art. 443 comma 2 c.p.p.). La legittimazione a proporre ricorso per cassazione spetta a entrambi, ente e pubblico ministero, e nei confronti di qualunque tipo di sentenza emessa in sede di giudizio abbreviato.

10. L'applicazione della sanzione su richiesta: le norme applicabili.

L'applicazione della sanzione su richiesta è il procedimento speciale che riproduce nel processo *de societate* il modello di giustizia negoziata ("patteggiamento") regolato dagli art. 444 ss. c.p.p. La sua disciplina è definita dall'art. 63 che, oltre a rinviare alle disposizioni di cui al titolo II del libro sesto del codice di procedura penale, detta regole particolari riferite, rispettivamente, ai presupposti del rito, alle modalità per la riduzione (fino a un terzo *ex* art. 444 comma 1 c.p.p.) della sanzione applicabile all'ente — da effettuarsi sulla durata di quella interdittiva e sull'ammontare di quella pecuniaria — e, infine, alla specifica preclusione all'accesso a questo procedimento speciale, inibito se il giudice ritiene debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva.

Quanto alle disposizioni stabilite per il rito in sede codicistica — richiamate con rinvio che duplica quello già previsto dall'art. 34 — si richiede espressamente di valutare la loro applicabilità nello specifico contesto riservato all'ente e, poiché si è già sottolineata la non configurabilità di un danno derivante dall'illecito addebitato all'ente, devono ritenersi incompatibili le previsioni che dispongono in ordine alla parte civile, impedendo l'azione risarcitoria e la relativa decisione del giudice, nonché il regime della condanna alle spese e quello della

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

esperibilità dell'azione in sede civile (art. 444 comma 2 secondo e terzo periodo c.p.p.).

Al vaglio di compatibilità non si sottraggono le significative modifiche apportate alla disciplina del "patteggiamento" dalla *riforma Cartabia* anche se, in realtà, essendo riferite più propriamente a profili estranei alla disponibilità dell'ente, assumono al riguardo una incidenza solamente indiretta. Per meglio chiarire, la manovra riformatrice citata ha inteso rimuovere la rigidità innestate nel rito speciale codicistico dai precedenti interventi legislativi (l. 12 giugno 2003 n. 134; l. 6 febbraio 2006 n. 38; l. 27 maggio 2015 n. 69) che pure ne avevano ampliato l'ambito applicativo. Sia i limiti posti all'accordo negoziale (art. 444 commi 1-*bis* e 1-*ter* c.p.p.) sia i più ampi poteri officiosi riconosciuti al giudice in sede di suo controllo (art. 444 comma 3-*bis* c.p.p.) avevano provocato, per l'imputato, il rischio di subire comunque un rilevante trattamento punitivo: la conseguenza era la perdita di attrattività del rito, reso inidoneo quindi alla sua fisiologica funzione deflativa del dibattimento.

Senza scendere nel dettaglio, ai fini della presente trattazione è sufficiente precisare che il recente legislatore è intervenuto, anzitutto, rafforzando i poteri dispositivi delle parti e, in secondo luogo, incrementando il corredo premiale connesso alla richiesta di applicazione della pena. L'accordo può riguardare ora anche la non applicazione di pene accessorie nonché la determinazione della loro durata (salvo restando la clausola derogatoria di cui all'art. 444 comma 3-*bis* c.p.p.); può includere, inoltre, la richiesta al giudice di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o per un importo determinato (art. 444 comma 1 secondo periodo c.p.p.).

Come si può notare, in entrambi i casi oggetto di richiesta e contenuto dell'accordo sono fattispecie (pene accessorie e confisca facoltativa/misura di sicurezza patrimoniale) non contemplate dal rito *de societate*: benché la pubblicazione della sentenza di cui all' art. 18 acceda alla sanzione interdittiva (v., *supra*, cap. XI, § 11) è escluso sia che possa essere qualificata come una vera e propria sanzione accessoria differente e differenziata da quelle principali tra le quali è annoverata (art. 9 comma 1 lett. *d*) sia addirittura ricondotta nella disponibilità delle parti (Cass. 2 marzo 2023, n. 21640, in motivazione). Rilievi analoghi valgono anche a proposito della più cospicua innovazione introdotta, relativa al possibile accesso alle pene sostitutive della pena detentiva (semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità, pena pecuniaria), come regolato dall'art. 53 l. n. 689 del 1981: se

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la scelta anche del "patteggiamento" consente all'imputato di evitare la soggezione alla pena carceraria e di avvalersi *ab initio* delle misure alternative, per l'ente resta immutato e non eludibile il sistema sanzionatorio delineato dall'art. 9.

Nessuna delle modifiche accennate, pertanto, ha modo di operare direttamente nel procedimento di cui all'art. 63; come già segnalato e come sarà specificato tra breve, un possibile loro riflesso in sede di applicazione della sanzione su richiesta può essere provocato per il tramite di quei presupposti che collegano normativamente rito destinato all'ente e rito destinato all'imputato autore del reato-presupposto: in virtù di tale raccordo, la più ampia fruibilità del "patteggiamento" da parte della persona fisica dilata corrispondentemente l'accesso al rito da parte della persona giuridica.

Sul fronte dell'incremento del corredo premiale, preordinato a rendere più appetibile la scelta del rito negoziato, assume rilevanza la variazione della norma che riduce gli effetti extra penali della sentenza di patteggiamento (art. 445 c.p.p.). Nella sua nuova versione, anzitutto, si esclude che la stessa abbia sia efficacia sia valenza probatoria nei giudizi disciplinari, tributari o amministrativi compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Si specifica, inoltre, che ove non siano applicate pene accessorie, nemmeno hanno rilevanza le disposizioni di leggi, diverse da quelle penali, che *equiparano* sentenza di "patteggiamento" e sentenza di condanna (art. 445 comma 1-*bis* primo e secondo periodo c.p.p.). Circa tale loro eventuale equiparazione, resta salvo quanto previsto da « diverse disposizioni di legge » (art. 445 comma 1-*bis* ultimo periodo c.p.p.). Nessun dubbio circa la compatibilità della prima serie di limiti con il sistema dell'ente almeno in relazione agli ambiti di suo possibile coinvolgimento (giudizi tributari, amministrativi e per la responsabilità contabile); è certamente irrilevante l'eccezione alla regola della equiparazione tra le due tipologie di sentenze poiché agganciata alla applicazione di pene accessorie, fattispecie estranea, come già precisato, al contesto sanzionatorio *de societate*.

Resta ancora da osservare che il richiamo generale *ex* art. 34 a tutte le disposizioni del codice di procedura penale vale a rendere applicabili quelle statuizioni, attinenti al procedimento speciale in esame e tuttavia non contemplate nel titolo II del libro sesto del codice di procedura penale. Si tratta delle norme che permettono la scelta del rito nei procedimenti davanti al tribunale monocratico privi dell'udienza preliminare, in relazione alla contestazione dell'illecito nella forma della

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

citazione diretta (art. 554-*bis* c.p.p. dopo l'abrogazione dell'art. 555 comma 2 c.p.p.: v. *supra*, § 3) nonché nel giudizio direttissimo (art. 558 comma 8 c.p.p.) e con opposizione al decreto di condanna (art. 557 comma 1 c.p.p.).

11. (*Segue*): i presupposti.

I presupposti per il procedimento speciale dell'applicazione della sanzione su richiesta sono individuati, alternativamente, con riferimento al tipo di sanzione stabilita per l'illecito amministrativo e con riguardo alla posizione dell'imputato del reato-presupposto. Più in particolare, l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta è ammessa nelle seguenti ipotesi:

A) per l'illecito amministrativo è prevista la sola *sanzione pecuniaria*;

B) il giudizio nei confronti dell'imputato è *definito* a norma dell'art. 444 c.p.p.;

C) il giudizio nei confronti dell'imputato è *definibile* a norma dell'art. 444 c.p.p.;

D) il procedimento speciale è comunque escluso se, nel caso concreto, il giudice ritenga di applicare una *sanzione interdittiva in via definitiva*.

Si legge nella Relazione che i presupposti di questo procedimento speciale sono stati individuati in modo da circoscriverne l'ambito operativo ai casi di non elevata gravità. Ciò spiega la sua ammissibilità in relazione a tutte le ipotesi in cui l'illecito dipendente da reato risulti sanzionato solamente in via pecuniaria (ad es. per i reati societari di cui all'art. 25-*ter*; per gli abusi di mercato di cui all'art. 25-*sexies*), sancita dal presupposto *sub* A). Quanto ai presupposti (*sub* B e C), agganciati alla situazione processuale dell'autore del reato, è ancora la Relazione a specificare che non è sembrato possibile trasporre automaticamente il limite *edittale* di pena detentiva — che consente la definizione del processo nei confronti dell'imputato tramite il "patteggiamento" — in un analogo limite di *sanzione interdittiva* prevista per l'illecito di cui risponde l'ente poiché « ne sarebbe derivato un sistema macchinoso e poco coerente, specie se si considera che nel processo penale il limite di due anni di pena detentiva individua una categoria di reati, la cui modesta gravità è manifestata dalla possibilità di concedere per essi la sospensione condizionale della pena inflitta ». Di qui la diversa opzione di condizionare, al "patteggiamento" praticato in concreto dall'impu-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tato (giudizio *definito* a norma dell'art. 444 c.p.p.) o da lui praticabile in astratto (giudizio *definibile* a norma dell'art. 444 c.p.p.), la fruibilità per l'ente del rito di cui all'art. 63. Si è ritenuto, in tal modo, di ancorare « l'ammissibilità del rito alternativo a un dato oggettivo (la ridotta gravità) del reato presupposto che si riflette in una concreta minore gravità dell'illecito da esso dipendente » (RELAZIONE).

L'intenzione legislativa di evitare l'applicazione della sanzione all'ente su richiesta a fronte di gravi illeciti è certamente condivisibile alla luce dei consistenti vantaggi connessi al rito; pare, tuttavia, che la sua traduzione normativa poggi su un equivoco. Come è noto, il limite di pena stabilito dall'art. 444 c.p.p. per il "patteggiamento" dell'imputato e la correlativa possibilità di sospensione condizionale poco ha a che vedere con la ridotta gravità del reato dal momento che non si tratta del limite edittalmente previsto per esso, ma piuttosto di quello che le parti — pubblico ministero e imputato — hanno concretamente determinato. Il loro accordo, che muove dal limite edittale, tiene conto anche delle circostanze del reato, della eventuale continuazione (art. 81 c.p.) nonché della riduzione premiale *fino* a un terzo, quindi, definita da pubblico ministero e imputato nella misura ritenuta più appropriata. In sostanza e come si sa, il "patteggiamento" è ammesso purché il "patto" intervenuto tra le parti approdi a un *quantum* di pena richiesta non superiore alla soglia (due anni, per il "patteggiamento" ordinario e cinque anni per quello "allargato") stabilita *ex lege*. È così che anche reati di gravità non modesta possono essere decisi con il "patteggiamento"; ciò in particolare a seguito delle innovazioni apportate dalla l. n. 134 del 2003 cui si deve l'ampliamento del raggio applicativo del rito speciale anche a richiesta di pena detentiva non superiore a cinque anni (art. 444 comma 1 c.p.p.).

A questa forma "allargata" di "patteggiamento", di introduzione successiva, non poteva certamente fare riferimento il legislatore del d.lgs. n. 231 del 2001; la sua applicabilità nel contesto processuale *de societate* è indubbia non sussistendo ragioni di incompatibilità, con la conseguenza che anche l'ente vede dilatate le possibilità di accesso al procedimento di cui all'art. 63 (v., *infra*) proprio relativamente alle due ipotesi (*sub* B e *sub* C) nelle quali la norma dell'art. 63 subordina l'ammissibilità del rito alla situazione processuale dell'autore del reato. Naturalmente le specifiche limitazioni oggettive e soggettive stabilite per l'imputato (art. 444 comma 1-*bis* c.p.p.) ricadono di riflesso sull'ente e si deve osservare che sono numerosi i reati considerati dall'art. 444 comma 1-*bis* c.p.p. — nonché dall'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. cui il primo rinvia — che il d.lgs. n. 231 del 2001 indica a

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

presupposto degli illeciti amministrativi dell'ente (v. i reati indicati dagli artt. 25-*quater* e 25-*quinquies*). Così è a dirsi anche per la speciale condizione (avvenuta restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato) prevista dall'art. 444 comma 3-*bis* c.p.p., (introdotto dalla l. n 69 del 2015) per taluni delitti contro la pubblica amministrazione, anch'essi in parte replicati nel novero dei reati presupposto (art. 25).

Alla luce dei rilievi critici svolti, le riserve che si possono formulare con riguardo a questi presupposti che fanno leva sul "patteggiamento" riferito all'imputato sono duplici: da un lato, viene meno sia il loro valore sintomatico di illeciti di effettiva minore gravità sia il loro ruolo selettivo nell'accesso al procedimento speciale; d'altra parte e di conseguenza, viene meno quella base oggettiva in grado di evitare che l'ammissione al rito dipenda da una valutazione discrezionale del giudice.

Tenendo presente quanto sin qui esposto, l'operatività dei presupposti dell'applicazione della sanzione su richiesta può essere ricostruita come segue:

A) La situazione riferita al presupposto *sub* A si presenta di agevole accertamento: alle parti e al giudice si impone di verificare se per l'illecito per cui si procede sia *prevista* la *sola* sanzione pecuniaria. Occorre che la sanzione pecuniaria sia l'*unica prevista*: non ha rilevanza che sia l'unica applicabile in concreto, fenomeno che può verificarsi ove, oltre alla sanzione pecuniaria, siano contemplate anche sanzioni interdittive ma l'ente abbia integrato le condotte riparatorie *ex* art. 17 che, come è noto, ne inibiscono l'irrogazione. La loro attuazione giova, invece, ai fini della riduzione della sanzione pecuniaria, secondo quanto stabilito dall'art. 12 comma 2, in sede di sua applicazione su richiesta. Solamente il presupposto in esame vale a delimitare il perimetro della applicazione della sanzione su richiesta agli illeciti amministrativi di minore gravità secondo le intenzioni palesate dal legislatore. Esso, pertanto, opera con assoluta autonomia rispetto agli altri presupposti che, agganciando l'accesso dell'ente al rito a quello attinente all'imputato, lo rendono praticabile pure ove siano contemplate sanzioni interdittive. Per questa ragione non deve fuorviare una recente presa di posizione della giurisprudenza che è giunta ad ammettere il procedimento *ex* art. 63 anche nel caso in cui, oltre alla sanzione pecuniaria, sia *prevista* una sanzione interdittiva, tuttavia, sostituita con la nomina del commissario giudiziale a norma dell'art. 15 (Cass. 28 giugno 2022, n. 40563). Tale soluzione è certamente apprezzabile per la sua finalità di consentire « la prosecuzione dell'attività dell'ente », scopo precipuo

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'istituto del commissariamento, tuttavia si rivela una inutile forzatura: nel caso di specie, già l'imputato aveva richiesto e ottenuto il patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p. sicché l'applicazione del rito speciale per l'ente era derivata proprio dalla prevista definizione del giudizio con "patteggiamento" nei confronti dell'autore del reato-presupposto (v. *sub* B).

B) Quanto all'ipotesi in cui il giudizio nei confronti dell'imputato sia *definito* a norma dell'art. 444 c.p.p., invero, non si riscontrano difficoltà. Il referente è la situazione processuale *concreta* in cui versa l'imputato: la sua richiesta di "patteggiamento" andata a buon fine apre la strada alla praticabilità del rito per l'ente. Ragionevolmente la situazione si realizza ove si proceda separatamente nei confronti dell'autore del reato-presupposto e nei confronti dell'ente e il primo si sia avvalso del rito *ex* art. 444 c.p.p.; ma anche in un procedimento avviato congiuntamente a carico di entrambi nel caso in cui la richiesta dell'imputato (*ex* art. 444 c.p.p.) sia contestuale a quella dell'ente (*ex* art. 63).

C) Problemi applicativi possono prospettarsi nell'ipotesi in cui il giudizio dell'imputato sia *definibile* a norma dell'art. 444 c.p.p. La norma allude a una situazione *astratta*, realizzabile nel caso in cui solo l'ente decida di avvalersi del rito speciale e ciò tanto se nell'ambito del *simultaneus processus*, tanto se si procede separatamente contro di esso, tanto ancora se, rimasto ignoto l'autore del reato, sia stato avviato solamente l'accertamento dell'illecito.

In queste situazioni la condizione di ammissibilità *ex* art. 63 è puramente virtuale e al giudice è demandata una verifica ipotetica: non gli si impone di accertare che la situazione processuale dell'imputato si sia risolta con il "patteggiamento"; gli si chiede di stabilire se non vi sarebbero ragioni per rigettare una eventuale richiesta dell'imputato di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., peraltro sulla base di elementi che l'ente è tenuto ad allegare.

La valutazione del giudice deve essere effettuata sulla scorta di dati imponderabili: come si è detto, la quantificazione della pena dipende dall'eventuale presenza di circostanze del reato, sua continuazione e, soprattutto, dalla misura della riduzione della pena la quale è rimessa alla determinazione delle parti. Quando l'imputato sia rimasto ignoto è addirittura impossibile verificare se sussistano le preclusioni soggettive al "patteggiamento" previste dall'art. 444 comma 1-*bis* c.p.p., vale a dire se lo stesso sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza o recidivo a norma dell'art. 99 comma 4 c.p.: se in

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

relazione a questo caso è scontato ritenere per l'ente impraticabile il rito, quanto alle altre indicate situazioni, l'ampia discrezionalità affidata al giudice e le difficoltà dell'accertamento nel caso concreto sono più che evidenti. Si aggiunga che le incertezze che si presentano in queste ipotesi possono tradursi in un arbitrario impedimento al rito e ai benefici premiali ad esso connessi con conseguente prodursi di ingiustificate disparità di trattamento tra enti, taluni ammessi altri esclusi a seconda della "opinione" del giudice.

D) La dichiarata esigenza di limitare il procedimento della applicazione della sanzione su richiesta ai casi di non elevata gravità si riscontra anche a proposito della specifica preclusione stabilita dall'art. 63 comma 3: non si consente l'accesso al rito se il giudice *ritiene* che debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva. Si tratta di un presupposto negativo lasciato alla valutazione *in concreto* del giudice e ciò a differenza di quanto si è osservato relativamente al giudizio abbreviato per il quale l'analoga preclusione è, invece, fissata *in astratto* e perciò provoca gli inconvenienti già segnalati (v., *supra,* § 4). Anche su questo versante resta ampia la discrezionalità demandata al giudice: nessuno dei casi di applicazione delle sanzioni interdittive in via definitiva indicati dall'art. 16 si sottrae all'apprezzamento dell'organo giurisdizionale, nemmeno quello contemplato dal comma 3 ove il suo impegno è rivolto ad accertare che l'ente è stabilmente utilizzato al fine unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati-presupposto. In relazione a tutti i casi si richiede, comunque, una valutazione prognostica circa il futuro comportamento dell'ente, allineato al rispetto della legalità.

Sulla preclusione, come si sa, possono incidere le condotte riparatorie regolate dall'art. 17 dal momento che la loro integrazione è in grado di neutralizzare l'applicazione delle sanzioni interdittive definitive con l'unica esclusione del caso di cui all'art. 16 comma 3 (ente preordinato alla commissione di illeciti). Da questo punto di vista, la disciplina del rito speciale in esame presenta un punto critico analogo a quello già messo in luce a proposito del giudizio abbreviato (v., *supra*, § 5). Infatti, il termine fissato per l'attuazione delle condotte riparatorie (prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: art. 17 comma 1) scade in un momento successivo a quello ultimo, utile per la richiesta della applicazione della sanzione, coincidente — di regola — con la presentazione delle conclusioni in udienza preliminare (art. 446 comma 1 c.p.p.) (v., *infra*, § 12). A questa sfasatura temporale si affiancano le lacune di sistema già individuate circa la conoscibilità della pendenza del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

procedimento, condizione necessaria affinché l'ente possa attivarsi tempestivamente per gli adempimenti prescritti dall'art. 17.

In sostanza l'ammissibilità del procedimento speciale può essere ostacolata da una situazione di oggettiva impossibilità non ascrivibile all'ente, ma originata dalla stessa regolamentazione del processo *de societate*. Per superare questa incongruenza si può fare leva sulla interpretazione estensiva della previsione dell'art. 65 così da ammettere una sospensione della fase introduttiva del procedimento in esame al fine di lasciare all'ente il tempo occorrente per le condotte di cui all'art. 17. Come già indicato, si tratta di un adattamento coerente con l'impianto complessivo della normativa processuale *de societate* e con la sua particolare finalità specialpreventiva, di favorire appunto una riorganizzazione dell'ente nel segno della legalità. È da segnalare, inoltre, che ove l'ente adempia alle prescrizioni di cui all'art. 17, non solo viene meno la preclusione all'accesso al rito, ma anche si evita l'irrogazione delle sanzioni interdittive temporanee stabilite per l'illecito amministrativo.

12. (*Segue*): i termini, l'oggetto della richiesta e la legittimazione.

Termini e modalità per la richiesta di applicazione della sanzione *ex* art. 63 si ricavano dalla disciplina del "patteggiamento" codicistico alla quale la norma fa rinvio. La richiesta può, quindi, essere avanzata nel corso delle indagini preliminari (art. 447 c.p.p.) (G.i.p. Trib. Milano, 25 luglio 2006) o nell'udienza preliminare fino alla presentazione delle conclusioni (art. 446 comma 1 c.p.p.).

Come ha stabilito la Corte costituzionale nel dichiarare l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p., un'ulteriore possibilità è data per il caso in cui in dibattimento il pubblico ministero modifichi l'imputazione contestando un fatto diverso o un reato concorrente, quando entrambi già risultavano dagli atti di indagini al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato ha tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione della pena in ordine alle originarie imputazioni (sent. n. 265 del 1994); ad esso va aggiunta l'ipotesi in cui la contestazione attenga a una circostanza aggravante egualmente risultante dagli atti di indagine (sent. n. 184 del 2014) ovvero a un fatto diverso nonché a reato concorrente, ma emersi nel corso del dibattimento (rispettivamente, sent. n. 206 del 2017 e sent. n. 82 del 2019): di questi insegnamenti ha fatto tesoro il legislatore del 2022 che li ha tradotti normativamente nell'art. 519 c.p.p. Pertanto, l'imputato — e quindi l'ente — ha la facoltà di chiedere in questi casi

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

il giudizio speciale relativamente al reato oggetto della nuova contestazione.

Termini specifici sono fissati ai fini dell'innesto su altri giudizi speciali che si convertono nel procedimento di applicazione della sanzione su richiesta: la richiesta può essere presentata fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo (art. 446 c.p.p.); entro quindici giorni dalla notifica del decreto che dispone il giudizio immediato e nella udienza fissata dal giudice per le indagini preliminari (art. 458-*bis* comma 1 c.p.p.); con l'opposizione al decreto di condanna (art. 461 comma 3 c.p.p.) e, quindi, entro quindici giorni dalla sua notificazione.

Quanto ai procedimenti davanti al tribunale monocratico privi dell'udienza preliminare, valgono la disposizione dell'art. 554-*ter* comma 2 c.p.p. per l'ipotesi di contestazione con citazione diretta (nella udienza di comparizione predibattimentale, prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, così dopo l'abrogazione dell'art. 555 comma 2 c.p.p.: v., *supra*, §3), quella dell'art. 557 comma 1 c.p.p. riferita al procedimento con decreto (con l'atto di opposizione) e quella dell'art. 558 comma 8 c.p.p. relativa al giudizio direttissimo (subito dopo l'udienza di convalida dell'arresto in flagranza, ma — trattandosi di situazione non ipotizzabile per l'ente — prima della dichiarazione di apertura del dibattimento a norma dell'art. 557 comma 1 c.p.p.): anche in questi due ultimi casi, alla applicazione della sanzione su richiesta si giunge per conversione del diverso rito speciale già instaurato.

Oggetto della richiesta sono la specie e la misura della sanzione stabilita per l'illecito amministrativo sulle quali le parti hanno raggiunto l'accordo. A questo riguardo occorre considerare il catalogo delle sanzioni previste dall'art. 9 e il particolare meccanismo di computo di quella pecuniaria stabilito dall'art. 11. È indubbio che le parti devono attenersi ai criteri di calcolo fissati dalla legge e, perciò, determinare il *quantum* di sanzione pecuniaria individuando sia il numero delle quote sia il loro importo alla stregua dei parametri indicati dall'art. 11: come già osservato, la riduzione va operata sull'ammontare risultante (art. 63 comma 2). Anche relativamente alla sanzione interdittiva, spetta alle parti determinare il tipo e la relativa durata nel rispetto delle prescrizioni legislative e anche a questo proposito la riduzione premiale — che incide sulla durata della interdittiva (art. 63 comma 2) — costituisce l'operazione finale.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Circa la confisca e la pubblicazione della sentenza, che nell'art. 9 sono annoverate unitamente alla sanzione pecuniaria e a quelle interdittive, senza distinguere tra sanzioni principali e sanzioni accessorie, si deve osservare che la loro applicazione è conseguente alla condanna dell'ente, la prima (confisca) obbligatoria per qualunque sentenza di condanna anche alla sanzione pecuniaria (art. 19) e la seconda (pubblicazione della sentenza) facoltativa e solamente nel caso di sentenza che applica una sanzione interdittiva (art. 18). In sostanza, confisca e pubblicazione della sentenza non si configurano quali sanzioni che il legislatore ha previsto in relazione al tipo di reato-presupposto da cui dipende l'illecito così come avviene per la sanzione pecuniaria e per quelle interdittive, ma come conseguenza della sentenza di condanna dell'ente dalla quale *dipendono*. Per questa ragione, è più appropriato ritenere che entrambe non siano disponibili dalle parti le quali, pertanto, non possono nella richiesta stabilire la loro applicazione o esclusione. È, invece, necessario prenderle in considerazione sul piano degli effetti della sentenza che applica la sanzione su richiesta valutando la loro compatibilità con una pronuncia che similmente alla sentenza "patteggiata" dall'imputato, non è di condanna, ma a questa equiparata (v., *infra*, § 14).

Da reputarsi esclusa la possibilità di una richiesta di sospensione condizionale della sanzione, istituto estraneo alla disciplina delineata per l'ente — come del resto riconosciuto dalla giurisprudenza (Cass. 15 dicembre 2011, n. 10822) — a differenza di quanto previsto per l'imputato che, appunto, può subordinare la richiesta di "patteggiamento" alla concessione della sospensione condizionale della pena (art. 444 comma 3 c.p.p.). Quanto a pene accessorie e confisca facoltativa (art. 444 comma 1 secondo periodo c.p.p.), quali possibili oggetto di accordo, valgono i rilievi svolti in precedenza ai quali si rimanda (v., *supra*, § 10).

La legittimazione alla richiesta è riconosciuta in capo ad entrambe le parti principali (art. 444 comma 1 c.p.p.): ente e pubblico ministero. Quanto all'ente può essere richiamata l'illustrazione già svolta a proposito del giudizio abbreviato (v., *supra,* § 6). Trattandosi di rito negoziale, l'iniziativa avanzata da una parte deve trovare il consenso dell'altra. In proposito devono ritenersi applicabili le previsioni dettate nella corrispondente sede codicistica: pertanto, mentre la mancata adesione dell'ente alla proposta del pubblico ministero è insindacabile, quella del pubblico ministero alla proposta dell'ente è oggetto di sindacato è perciò si prescrive che il suo dissenso sia motivato (art. 446

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

comma 6 c.p.p.) dal momento che ciò preclude all'ente il diritto alla riduzione della sanzione e agli altri benefici premiali.

Anche nella sede in esame si deve ammettere che, nel caso di mancato accordo con il pubblico ministero, l'ente possa rinnovare la richiesta prima della apertura del dibattimento di primo grado (art. 448 comma 1, secondo periodo c.p.p.). Stando a quanto chiarito dalla Corte costituzionale (ord. n. 426 del 2001 e ord. n. 100 del 2003), ove *in limine* al dibattimento sia acquisito il consenso del pubblico ministero, il giudice che ritenga fondata la richiesta pronuncia sentenza di applicazione della sanzione immediatamente (art. 448 comma 1 secondo periodo c.p.p.).

A prescindere da questa specifica ipotesi, il dissenso del pubblico ministero è, in ogni caso, soggetto al controllo del giudice del dibattimento e di quello dell'impugnazione: ne deriva che, rispettivamente, dopo la chiusura del dibattimento di primo grado e nel giudizio di impugnazione, il giudice che lo ritenga ingiustificato dispone la riduzione della sanzione e applica i benefici premiali connessi al rito (art. 448 comma 1 quarto periodo c.p.p.). Si tratta delle sole situazioni nelle quali la decisione del giudice si basa sull'intero patrimonio probatorio acquisito nel corso del giudizio.

13. (*Segue*): il controllo e la decisione del giudice.

Quando abbiano raggiunto l'accordo sulla sanzione, le parti lo sottopongono al controllo del giudice. La sua verifica si presenta più impegnativa di quella prevista per il "patteggiamento" dell'imputato, poiché riferita anche a requisiti non formali e di elevata problematicità. Difatti si richiede che, oltre al riscontro del rispetto dei termini e della sussistenza della legittimazione dell'ente, il giudice provveda all'accertamento dei presupposti del rito tra i quali, come si è osservato, quello circa la definibilità del giudizio nei confronti dell'imputato a norma dell'art. 444 c.p.p. e quello relativo alla eventuale applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva lasciano ampio spazio a valutazioni di tono discrezionale.

Per questa ragione, appaiono particolarmente confacenti al contesto processuale dell'ente quei meccanismi di "recupero" sanciti dalla disciplina codicistica: in sostanza, a fronte del *rigetto della richiesta* si deve riconoscere all'ente — come all'imputato —, anzitutto, il diritto di rinnovarla, una volta ottenuto il consenso del pubblico ministero, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado con conseguente possibilità di pervenire alla applicazione della sanzione *ex* art.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

63 ove il giudice del dibattimento ritenga fondata la richiesta (art. 448 comma 1, secondo periodo c.p.p.). In secondo luogo e analogamente a quanto già osservato a proposito del dissenso del pubblico ministero, la decisione di rigetto della richiesta è comunque soggetta al controllo del giudice del dibattimento e di quello dell'impugnazione e, una volta che sia ritenuta ingiustificata, la riduzione della sanzione e l'applicazione dei benefici premiali connessi al rito sono disposti, rispettivamente, dopo la chiusura del dibattimento di primo grado e nel giudizio di impugnazione (art. 448 comma 1 quarto periodo c.p.p.).

Prima di valutare il merito dell'accordo tra le parti, al giudice spetta accertare se dagli atti risulti una delle cause di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p., più propriamente le cause di esclusione della responsabilità o della procedibilità stabilite per la *societas* dagli artt. 66 e 67 (MOSCARINI); la loro presenza impone che si faccia luogo alla *sentenza di proscioglimento dell'ente* e solamente l'esito negativo del riscontro autorizza a procedere alla verifica del contenuto della richiesta. Su questa verifica incidono le particolarità della disciplina della responsabilità dell'ente: la corretta qualificazione del fatto è essenziale per stabilire la riconducibilità del reato a quelli indicati a presupposto dell'illecito e in particolare a quello addebitabile all'ente; l'ottemperanza dei criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria (artt. 11 e 12) e dei parametri per la determinazione di quella interdittiva (artt. 13 e 14) nonché la quantificazione della riduzione prospettata dalle parti giovano ai fini della valutazione di congruità della sanzione richiesta, da condursi anche alla luce della probabilità di non recidiva dell'ente, analogamente a quanto stabilito dalla Corte costituzionale a proposito del patteggiamento concernente l'imputato (sent. n. 313 del 1990).

Poiché l'accordo delle parti non è modificabile (Cass. 8 giugno 2016, n. 45472), il giudice che non ne condivida i termini decide il *rigetto della richiesta*. Il suo accoglimento sfocia invece nella *sentenza di applicazione della sanzione ex art. 63,* sentenza equiparata a una pronuncia di condanna il cui dispositivo deve indicare che vi è stata richiesta delle parti (rispettivamente, artt. 445 comma 1-*bis* ultimo periodo e 444 comma 2 primo periodo c.p.p.).

14. (*Segue*): gli effetti premiali del rito e il regime delle impugnazioni.

Anche il corredo premiale della applicazione della sanzione su richiesta va determinato in ragione delle peculiarità della disciplina del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

processo *de societate* e, infatti, il rinvio alle disposizioni che regolano il "patteggiamento" dell'imputato vale, come previsto dal 1 comma dell'art. 63, con il limite della loro applicabilità.

Nessuna questione si prospetta a proposito della riduzione della sanzione fino a un terzo *ex* art. 444 comma 1 c.p.p., norma espressamente richiamata dall'art. 63 comma 2 che nondimeno stabilisce autonomi criteri per la sua determinazione (rispettivamente, sull'ammontare della sanzione pecuniaria e sulla durata di quella interdittiva). Certamente dovuto l'esonero dalle spese processuali (art. 445 comma 1 c.p.p.) (Cass. 28 giugno 2022, n. 40563; Id. 27 maggio 2022, n. 30610) e sicuramente incompatibile la previsione che sancisce la non applicazione delle pene accessorie e delle misure di sicurezza (art. 445 comma 1 c.p.p.); già si è rilevato che queste specie di sanzioni non sono annoverate tra quelle irrogabili all'ente dall'art. 9 che qualifica tutte — senza distinzione tra principali e accessorie né tra sanzioni e misure di sicurezza — quali « sanzioni amministrative ».

Come osservato, tuttavia, proprio l'art. 9 contempla due sanzioni che dipendono dalla *condanna* dell'ente: la pubblicazione della sentenza di condanna e la confisca, la prima applicabile discrezionalmente dal giudice quando sia irrogata una sanzione interdittiva (art. 18) e la seconda, obbligatoria, colpisce il prezzo o il profitto del reato anche in forma equivalente (art. 19). La giurisprudenza (Cass. 11 novembre 2011, n. 3311; Cass. 4 febbraio 2011, n. 20046; G.i.p. Trib. Milano, 1° luglio 2009), pronunciatasi solamente circa la confisca, la ritiene compatibile con il procedimento speciale dell'applicazione della sanzione su richiesta mentre in dottrina (Giarda; Paolozzi; Bassi-Epidendio) non manca l'orientamento contrario sulla base della natura della sentenza "patteggiata" che, non implicando accertamento della responsabilità, non può ritenersi propriamente di condanna.

In adesione a quanto statuito a suo tempo dalle Sezioni unite (Cass, sez. un., 29 novembre 2005, Diop Omar), è preferibile affrontare la questione facendo leva sulla previsione che equipara la sentenza [di "patteggiamento"] « a una pronuncia di condanna » (art. 445 comma 1-*bis* ultimo periodo c.p.p.): la norma, come osservato, è stata modificata dalla recente *riforma Cartabia* allo scopo di incrementare il corredo di vantaggi connessi al rito così da renderlo più attrattivo. Stando alla sua nuova formulazione, l'equiparazione tra sentenza di condanna e sentenza di patteggiamento conosce le due eccezioni, già ricordate (v. *supra*, § 10). La regola della equiparazione opera in relazione alla sentenza *ex* art. 63 in virtù del richiamo espresso alla normativa

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

codicistica (art. 63 comma 1); una volta trasferita nel contesto processuale dell'ente a questo contesto occorre fare riferimento per individuare se, al di là delle limitazioni introdotte *ex novo*, della cui applicabilità si è già detto, siano qui riscontrabili quelle « diverse disposizioni di legge » che possano derogarla. A questo fine è necessario considerare ragione giustificativa e funzione assegnate a queste due specie di sanzioni nel sistema normativo riferito all'ente.

La pubblicazione della sentenza di condanna è sanzione dall'elevato effetto stigmatizzante destinata a soddisfare l'interesse collettivo alla conoscenza della condanna subita dall'ente del quale proietta una immagine negativa con finalità di prevenzione generale e speciale. Perciò la norma che la disciplina (art. 18) lascia alla discrezionalità del giudice disporla, ma circoscrive la sua applicazione al caso in cui nei confronti dell'ente venga irrogata la sanzione interdittiva, vale a dire alle ipotesi più gravi di illecito. Pertanto, l'ente che acceda al rito speciale della applicazione della sanzione su richiesta per un illecito punito con la sola *sanzione pecuniaria* è senz'altro esonerato dal subire la pubblicazione della sentenza di condanna e ciò per un limite intrinseco alla regolamentazione di questo tipo di sanzione.

Per l'ipotesi in cui il "patteggiamento" dell'ente sfoci nella applicazione di una *sanzione interdittiva* va tenuto presente il regime dei certificati dell'anagrafe delle sanzioni amministrative ove si stabilisce che nel certificato — anche quello dei carichi pendenti — richiesto dall'ente non sono riportate le iscrizioni relative al provvedimento di applicazione della sanzione su richiesta e quello di applicazione della sanzione pecuniaria all'esito del procedimento per decreto (art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002) (v., *infra*, cap. XXII, § 7). La stessa Relazione specifica che si tratta di « uno dei più significativi benefici premiali collegati alla scelta dei citati riti alternativi ».

In sostanza, la previsione dell'art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002 integra quella « diversa disposizione di legge » che, a norma dell'art. 445 comma 1-*bis* ultimo periodo c.p.p., deroga alla regola della equiparazione della sentenza di "patteggiamento" a una pronuncia di condanna: la disciplina della sua non iscrizione nel certificato a richiesta dell'ente riproduce quella analoga stabilita per la sentenza di "patteggiamento" dell'imputato (artt. 24 e 25 d.P.R. n. 313 del 2002) anch'essa, da questo punto di vista, non equiparata a una condanna. La disposizione dell'art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002 deroga anche alla tipica funzione, assegnata all'anagrafe delle sanzioni amministrative, di assicurare la conoscenza dei precedenti e dei carichi pendenti dell'ente analogamente al casel-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

lario giudiziale per l'imputato. Oltre che per ragioni attinenti alla specie della sentenza — sul punto distinta dalla pronuncia di condanna — esigenze di coerenza interna al sistema fanno ritenere impedita la pubblicazione della sentenza di applicazione della sanzione interdittiva su richiesta, la quale vanificherebbe la tutela alla "riservatezza" garantita proprio dal divieto di iscrizione di tale provvedimento nel certificato richiesto dall'ente.

Relativamente alla confisca è da rimarcare il suo ruolo determinante nell'impianto complessivo della normativa della responsabilità da reato dell'ente: ad essa è assegnata la finalità di privare l'ente dei vantaggi *comunque* conseguiti per effetto del reato affermando il principio che "il crimine non paga". Di qui la sua natura obbligatoria, la eseguibilità anche nella forma per equivalente e la previsione di una applicazione non solo in caso di sentenza di condanna, ma persino nei confronti dell'ente che sia stato prosciolto avendo dimostrato la sua estraneità alla commissione del reato (art. 6 comma 5). La confisca è, da un lato, conseguenza indefettibile della sentenza di condanna dell'ente e, dall'altro, effetto automatico della presenza del prezzo o del profitto derivanti dal reato. Questa disciplina non conosce eccezioni né, al riguardo, sono poste deroghe alla regola della equiparazione della sentenza di applicazione della sanzione su richiesta alla pronuncia di una condanna: l'ente che abbia ricavato vantaggi dal reato non può sfuggire alla confisca.

In proposito si rivela particolarmente appropriato un orientamento della Corte di cassazione, intervenuto sull'istituto del "patteggiamento" codicistico. Si afferma che, quando si procede per un reato che comporta la confisca di beni o di valori, l'accordo delle parti *ex* art. 444 c.p.p. deve riguardare anche l'oggetto della confisca così da consentire la sua determinazione certa da parte del giudice; in mancanza, non può essere accolta la richiesta di applicazione della pena (Cass. 11 marzo 2010, n. 12508). L'insegnamento è stato replicato nel contesto del processo *de societate*, nel quale la confisca è sanzione obbligatoria e inevitabile anche nel caso del rito speciale di cui all'art. 63, permettendo di realizzare l'obiettivo generale di sottrarre all'ente i vantaggi conseguiti dal reato. Si afferma che la misura esula dalla disponibilità delle parti derivando direttamente dall'art. 19 che ne sancisce appunto l'obbligatorietà (Cass. 4 febbraio 2011, n. 20046, cit.) nondimeno costituisce parte necessaria dell'accordo sulla pena (Cass. 11 novembre 2011, n. 3311, cit.; Id. 20 luglio 2024, n. 30604). Alle parti (pubblico ministero ed ente) spetta individuare il prezzo o il profitto del reato,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quale risulta dalle indagini, senza tuttavia farne oggetto di contrattazione; la loro richiesta deve riguardare anche la confisca allo scopo di rendere possibile la sua applicazione; il controllo di legalità sul punto compete al giudice, il quale può respingere la richiesta di applicazione della sanzione non solo ove manchi la determinazione dell'oggetto della confisca, ma anche ove la ritenga erronea. Ma a prescindere da tale funzione orientativa, l'applicazione della confisca resta imprescindibile per il giudice in quanto di per sé sanzione obbligatoria (Cass. 8 giugno 2016, n. 45472 che richiama l'indirizzo consolidato in tema di "patteggiamento": Id. 18 dicembre 2015, n. 1934; Id. 22 marzo 2013, n. 1154; Id. 19 aprile 2012, n. 19945).

Si discosta da questo insegnamento, l'ultima giurisprudenza, la quale ha affermato, non senza perentorietà, che l'accordo deve estendersi anche alla confisca — come a tutte le componenti sanzionatorie dell'illecito — poiché la sua determinazione non può essere rimessa al giudice non solo nel *quantum*, ma anche nell'*an*, vale a dire con riguardo alla sua stessa applicazione (Id. 20 luglio 2024, n. 30604).

Delle disposizioni che prevedono effetti premiali della sentenza di "patteggiamento" va ritenuta non applicabile quella riferita alla sua inefficacia nei giudizi civili o amministrativi di danno (art. 445 comma 1-*bis* c.p.p.), situazioni non configurabili nei confronti dell'ente una volta esclusa, da un lato, la ipotizzabilità di un danno derivante dall'illecito e la conseguente possibilità di costituzione di parte civile e, dall'altro, l'azione di recesso dall'ente condannato e quella nei confronti degli amministratori e dei soci di controllo che abbiano consentito o agevolato la commissione di reati-presupposto della responsabilità dell'ente (Paolozzi; *contra*, Ceresa-Gastaldo).

Non applicabile è anche la norma che regola l'effetto premiale, differito, della estinzione del reato (art. 445 comma 2 c.p.p.) poiché ipotesi disciplinata autonomamente per l'ente. L'art. 11 d.P.R. n. 313 del 2002 dispone, infatti, l'eliminazione di *tutte* le iscrizioni nell'anagrafe delle sanzioni, trascorsi cinque anni dal giorno in cui è stata eseguita la sanzione pecuniaria e dieci anni da quello in cui è cessata l'esecuzione di qualunque altra sanzione se nel medesimo periodo non è stato commesso un ulteriore illecito amministrativo (v., *infra*, cap. XXII, § 7).

Già si è detto che l'ente usufruisce della non menzione della sentenza *ex* art. 63 nel certificato a sua richiesta, quale premio per la scelta del rito semplificato (art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002), analogamente a quanto previsto per l'imputato, ma a differenza di questo senza

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

limitazioni inerenti al *quantum* (o alla specie) di sanzione "patteggiata". Infatti, stando all' art. 24 d.P.R. n. 313 del 2002 il beneficio della non iscrizione, per l'imputato, riguarda la sola sentenza *ex* art. 445 c.p.p., vale a dire quella di applicazione della pena non superiore a due anni; per l'ente, invece, l'art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002 non opera distinzioni né sarebbe consentito con interpretazione *in malam partem* estendere il limite stabilito per l'imputato.

La disciplina delle impugnazioni avverso la sentenza di applicazione della sanzione su richiesta è quella prevista in sede codicistica per la sentenza di "patteggiamento" alla quale l'art. 63 fa espresso rinvio. La specialità del procedimento si riflette sul regime delle impugnazioni, differenziandolo da quello generale dettato dall'art. 71.

La sentenza è di regola inappellabile sia dall'ente sia dal pubblico ministero e qualunque sia la sanzione (pecuniaria/interdittiva) applicata su loro richiesta la quale, stando alla fisionomia di questo rito speciale, implica rinuncia all'appello. L'appello è consentito al pubblico ministero per il caso di sentenza pronunciata nonostante il suo dissenso (art. 448 comma 2 c.p.p.): in questa ipotesi essendo mancato il suo accordo con l'ente è perciò mancata anche la sua rinuncia all'appello.

Novità si riscontrano quanto al ricorso per cassazione, per effetto delle innovazioni introdotte dalla l. n. 103 del 2017 nella prospettiva di un diverso bilanciamento tra esigenze di garanzia e esigenza di evitare impugnazioni, meramente dilatorie, di vanificazione dell'accordo. Il ricorso per cassazione avverso la sentenza di applicazione della sanzione, come avverso ogni sentenza (art. 111 comma 7 Cost. e art. 568 comma 2 c.p.p.), resta garantito ad entrambe le parti legittimate a promuoverlo, tuttavia, non più in tutti i casi di cui all'art. 606 c.p.p., ma solamente nelle ipotesi espressamente indicate dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 448 c.p.p. vale a dire per motivi attinenti alla espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e della illegalità della pena (o della misura di sicurezza, qui irrilevante trattandosi di sanzione estranea alla normativa per l'ente). Da osservare che, data la natura sanzionatoria della confisca, anche al riguardo la sentenza *ex* art. 63 è censurabile solamente ove se ne deduca l'illegalità e non anche in relazione alla quantificazione della confisca del profitto conseguito dall'ente nel periodo in cui sottoposto a commissariamento giudiziale a norma dell'art. 15 (Cass. 16 ottobre 2018, n. 52205).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Alle impugnazioni indicate si aggiunge un autonomo e diverso rimedio, nella disponibilità di entrambe le parti e finalizzato a evitare impugnative non attinenti a vizi della decisione frutto dell'accordo: si deve ancora alla l. n. 103 del 2017, infatti, l'introduzione di una nuova ipotesi di correzione di errori materiali, propriamente mirata alla rettifica della specie e della quantità della pena per errore di denominazione o di computo (art 130 comma 1-*bis* c.p.p.). La relativa competenza spetta al medesimo giudice che ha pronunciato la sentenza, ma se già investita del ricorso provvede la Corte di cassazione a norma dell'art. 619 comma 2 c.p.p.

15. Il procedimento per decreto: le norme applicabili e i presupposti.

Il procedimento per decreto è il rito speciale che ripropone nel contesto processuale dell'ente l'omologo giudizio disciplinato dal titolo V del libro sesto del codice di procedura penale. Alle norme ivi contemplate e alla previsione dell'art. 557 c.p.p. rimanda l'art. 64 che regola il rito: le prime si riferiscono ai casi in cui abbia luogo l'udienza preliminare e la seconda ai reati per i quali, nell'ambito del procedimento davanti al tribunale monocratico, si procede con citazione diretta. Più in particolare, l'art. 557 c.p.p. disciplina l'opposizione al decreto penale di condanna emesso per un reato rientrante nella fascia di quelli per i quali non è prevista l'udienza preliminare. Il rinvio a queste disposizioni si sovrappone a quello generale dell'art. 34 e l'applicazione di tutte subisce il consueto limite della loro compatibilità — da riferire anche alle disposizioni introdotte dalla recente *riforma Cartabia* — con la particolare disciplina delineata per l'ente. Disposizioni specifiche sono, inoltre, dettate quanto ai presupposti del rito, alla entità della riduzione premiale della sanzione pecuniaria e a talune modalità di procedura, queste ultime invero ripetitive di quelle codicistiche richiamate.

Questo procedimento speciale, a differenza di abbreviato (art. 62) e applicazione della pena su richiesta (art. 63), dipende in esclusiva dalla iniziativa del pubblico ministero, legittimato ad attivarlo quando *ritiene* che per l'illecito addebitato all'ente si debba applicare la sola sanzione pecuniaria. Duplici, comunque, i suoi presupposti individuabili come segue.

A) Il primo presupposto del rito è costituito dalla valutazione *in concreto* della non elevata gravità dell'illecito e, pertanto, il procedimento per decreto può essere promosso:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

a) quando per l'illecito è prevista la sola sanzione pecuniaria, requisito che si ricava dalla comminatoria della sanzione stabilita per l'illecito per cui si procede;

b) quando è prevista la sanzione interdittiva, ma questa è considerata non applicabile:

1 — poiché mancano le condizioni di cui all'art. 13 comma 1 lett. *a* (profitto di rilevante entità), lett. *b* (reiterazione degli illeciti) o è presente la condizione ostativa prevista dal suo comma 3 (che rinvia ai casi dell'art. 12 comma 1: reato commesso nel prevalente interesse dell'autore o di terzi e assenza di vantaggio per l'ente o suo vantaggio minimo): in questo caso, determinante è l'apprezzamento del pubblico ministero;

2 — poiché l'ente ha attuato le condotte riparatorie *ex* art. 17 prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado le quali, appunto, precludono l'irrogazione delle sanzioni interdittive, lasciando in vita la sola sanzione pecuniaria; come è ovvio, ciò che conta è il comportamento assunto dall'ente, ma la sua realizzazione incontra evidenti difficoltà. Solamente se nel corso delle indagini preliminari l'ente sia venuto a conoscenza della pendenza del procedimento nei suoi confronti [ad es. perché il pubblico ministero ha compiuto un atto investigativo garantito dalla assistenza del difensore o ha comunque ritenuto di notificargli l'informazione di garanzia *ex* art. 369 comma 1 c.p.p. come modificato dalla l. 9 agosto 2024, n. 114 (v., *supra*, cap. XVIII, § 3); è stata applicata una misura cautelare] gli è consentito attivarsi per l'integrazione delle condotte di cui all'art. 17 e far cadere l'impedimento alla richiesta del procedimento speciale.

Una volta che il pubblico ministero abbia richiesto il decreto per la presenza di uno degli altri requisiti del rito (quello *sub* a o *sub* b 1), viene meno l'interesse dell'ente a mettere in atto gli adempimenti riparatori; questi sono certamente utili al fine di ottenere la riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12 comma 2) nell'ambito del giudizio promosso con l'opposizione al decreto, giudizio che dovrebbe essere sospeso *in limine* applicando estensivamente la norma dell'art. 65; tuttavia la riduzione consentita dall'art. 12 comma 2 (da un terzo alla metà) è meno vantaggiosa di quella ottenuta in sede di procedimento per decreto: secondo quanto prevede l'art. 64 comma 2, la sanzione pecuniaria può essere diminuita sino alla metà dell'importo minimo applicabile.

B) Il secondo presupposto stabilito per il rito è d'ordine temporale: la richiesta va presentata entro un anno — così portato dagli originari

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

sei mesi dalla *riforma Cartabia* (dall'art. 68 comma 1 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150) — dalla data dell'annotazione dell'illecito nel registro di cui all'art. 55. Si tratta dell'unica disposizione della complessiva disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 su cui ha ritenuto di intervenire il d.lgs. n. 150 del 2022: come si specificherà in seguito, ulteriori interventi diretti sono stati effettuati dal successivo d.lgs. 19 marzo 2024 n. 31 integrativo e correttivo della *riforma Cartabia* (v., *supra*, cap. XVII, § 5 e § 7). L'innovazione, nella prospettiva a fondamento della citata riforma del processo penale, si riallaccia all'intento generale di rafforzare l'attitudine deflativa dei procedimenti speciali su cui ha fatto leva, senza successo, già il legislatore del 1988.

Quanto al rito monitorio codicistico (artt. 459-464 c.p.p.), la prassi ne ha registrato il fallimento provocato dalla facile attaccabilità del decreto penale di condanna mediante opposizione presentata dalla difesa. In questa luce trova spiegazione la modifica relativa all'iniziativa del titolare dell'accusa: aver ampliato il tempo disponibile per l'indagine risponde all'esigenza di dotare la sua richiesta di maggior "forza probatoria", sufficiente almeno a scoraggiare il ricorso alla opposizione.

L'intervento di contestuale rettifica operato sull'art. 64 lascia intendere che la medesima esigenza è stata avvertita e da soddisfare anche con riguardo al procedimento per decreto destinato all'ente. Ancora da aggiungere che la Relazione al d.lgs. n. 231 del 2001, allineandosi alla giurisprudenza formatasi a proposito della corrispondente previsione dell'art. 459 comma 1 c.p.p., ha sottolineato la natura meramente ordinatoria di questo termine e, pertanto, la sua inosservanza non impedisce che si dia egualmente corso al procedimento per decreto.

La norma dell'art. 64 non prevede ulteriori presupposti, ma il richiamo alle regole del procedimento per decreto penale impone di verificare se debbano operare i presupposti e le condizioni ostative ivi contemplati: anzitutto che non si debba applicare una misura di sicurezza personale (art. 459 comma 5 c. p.p.), e, in secondo luogo, che la notificazione del decreto non sia resa impossibile dalla irreperibilità del condannato, situazione che non impedisce in realtà la richiesta del pubblico ministero ma impone la revoca del decreto emesso (art. 460 comma 4 c.p.p.). Come è noto, la previsione che richiedeva anche la non opposizione al rito da parte del querelante (art. 459 comma 1 c.p.p.) è stata censurata dalla Corte costituzionale che correttamente ha ravvisato la sua irrazionalità sistematica in rapporto al canone di ragionevolezza e del principio di ragionevole durata del processo (sent. n. 23 del 2015).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

In proposito si deve segnalare che la querela è condizione di procedibilità non contemplata per gli illeciti addebitabili all'ente, tutti perseguibili d'ufficio. La stessa, nondimeno, non è irrilevante nel processo *de societate* poiché, se prevista per la persecuzione del reato-presupposto, la sua *mancanza* — così come in genere quella delle altre condizioni di procedibilità — preclude l'accertamento dell'illecito da esso dipendente (art. 37).

Quanto all'impedimento derivante dalla necessità di applicare una misura di sicurezza personale (art. 459 comma 5 c. p.p.), basta tenere presente che questa tipologia di sanzioni non è contemplata in relazione all'ente per concludere nel senso della sua non operatività. Nemmeno la particolare disciplina che fa perno sulla irreperibilità del condannato (art. 460 comma 4 c.p.p.) ha modo di essere presa in considerazione: la sua applicazione è resa superflua dalla norma dell'art. 43 comma 4 che addirittura prescrive la sospensione del procedimento instaurato a carico dell'ente se risulta la sua irreperibilità.

16. (*Segue*): la richiesta di decreto di applicazione della sanzione pecuniaria e la decisione del giudice.

La richiesta del pubblico ministero deve essere presentata, unitamente al fascicolo degli atti investigativi, al giudice per le indagini preliminari, competente a decidere: per questa ragione si prevede che la richiesta sia motivata e rechi l'indicazione della misura della sanzione pecuniaria ritenuta applicabile. In essa il pubblico ministero deve rendere conto delle valutazioni effettuate con riguardo ai presupposti del rito nonché delle operazioni di computo della sanzione pecuniaria di cui chiede l'applicazione tramite decreto di condanna.

Stando al comma 2 dell'art. 64 la sua proposta può riferirsi a una « sanzione pecuniaria diminuita sino alla metà rispetto al *minimo dell'importo applicabile* [corsivo nostro] ». La formulazione letterale della norma diverge da quella dettata per il decreto penale di condanna (art. 459 comma 2 c.p.p.) ove si stabilisce che il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena pecuniaria diminuita sino alla metà del *minimo edittale*. La differenza si spiega alla luce del particolare meccanismo, bifasico e per quote, di commisurazione della sanzione pecuniaria sancito dall'art. 11: la sua determinazione avviene in due fasi — entrambe da svolgersi secondo i criteri dettati dalla norma —, la prima mirata a individuare il numero delle quote e la seconda intesa a stabilire il valore della quota medesima. La sanzione pecuniaria appli-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

cabile è il prodotto delle due operazioni. Si deve aggiungere che l'art. 10 fissa, in via generale, l'importo minimo e massimo di ciascuna quota e il loro numero sempre nel minimo e nel massimo, ma è la singola previsione dell'illecito dipendente da reato a stabilire, nell'ambito delle soglie predeterminate dalla norma generale (art. 10), il numero minimo e massimo (v. ad es. artt. 24 comma 2 e 24-*bis* comma 2) e a volte solo quello massimo (v. ad es. art. 25-*bis*) di quote di pena pecuniaria applicabile per esso.

A questo regime deve fare riferimento il pubblico ministero: la sanzione pecuniaria richiesta per l'illecito per cui si procede è determinata seguendo la duplice scansione prevista per legge — quella relativa al numero delle quote e quella relativa al suo importo, attenendosi per entrambe al *minimo* indicato —; il *quantum* risultante definisce il *minimo di sanzione pecuniaria applicabile* e su di esso va effettuata la diminuzione che lo stesso pubblico ministero può stabilire fino alla sua metà.

Ciò non basta a esaurire l'oggetto della richiesta che rappresenta atto di contestazione dell'illecito e perciò deve contenere gli elementi previsti dall'art. 59 (che ora richiama l'art. 407-*bis* c.p.p. norma nella quale è rifluita la disciplina dell'inizio dell'azione penale in precedenza contemplata dall'art. 405 c.p.p. e perciò richiamata nella versione originaria dell'art. 59. La sostituzione è stata operata in sede di integrazione e correttivi della *riforma Cartabia* dal d.lgs. n. 31 del 2024): i dati identificativi dell'ente, l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova.

Al giudice cui presentata la richiesta spetta, anzitutto, il controllo sulla sua ammissibilità (relativa ai presupposti del procedimento e alla congruità della sanzione proposta dal pubblico ministero) e, in secondo luogo, decidere il suo accoglimento, con conseguente emissione del decreto di applicazione della sanzione pecuniaria, o il suo rigetto, con conseguente restituzione degli atti al pubblico ministero o il proscioglimento dell'ente. Più in particolare, il comma 3 dell'art. 64 prescrive che il giudice, quando non accoglie la richiesta, restituisce gli atti al pubblico ministero se non deve pronunciare *sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente*. Dal momento che, di fatto, la richiesta è accolta quando non è possibile pronunciare il proscioglimento, è evidente che la decisione del giudice tocca il tema della responsabilità dell'ente: appunto, il suo accertamento sta a base del decreto di condanna mentre

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

la sua esclusione porta al proscioglimento dell'ente. A questo fine il giudice si avvale delle risultanze contenute nel fascicolo delle indagini, trasmesso dal pubblico ministero, e fa applicazione delle regole di giudizio stabilite dall'art. 66 implicitamente richiamato: l'art. 64 comma 3, infatti, riproduce la medesima locuzione della rubrica dell'art. 66 (*Sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente*).

In sostanza, nell'ambito del procedimento speciale per decreto riferito all'ente — così come in quello nelle forme ordinarie — il suo proscioglimento è imposto anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo secondo la regola di giudizio stabilita per la sentenza emessa in dibattimento dall'art. 66; la scelta legislativa contraddice l'orientamento consolidato della giurisprudenza che, per l'imputato, esclude in questa sede la possibilità di suo proscioglimento nei casi dubbi secondo la regola sancita dall'art. 530 comma 2 c.p.p. poiché operante solamente in relazione alla sentenza conclusiva del dibattimento. Tuttavia, attualmente risulta non incoerente con la modifica introdotta a proposito del termine stabilito per la richiesta (v., *supra*, § 15): il suo ampliamento lascia intendere, come si è specificato, che al pubblico ministero spetta dotarla di un solido corredo di risultanze idonee alla certificazione giudiziale di fondatezza dell'accusa.

La previsione dell'art. 64 comma 3 tralascia di fare rinvio alla disciplina delle cause di proscioglimento immediato di cui all'art. 129 c.p.p., applicabile in sede di procedimento per decreto penale di condanna nei confronti dell'imputato (art. 459 comma 3 c.p.p.).

Le cause di proscioglimento ivi contemplate e corrispondenti alle fattispecie omologhe dettate per l'ente, devono ritenersi egualmente applicabili: il giudice, quindi, deve pronunciare il proscioglimento dell'ente quando riscontri, ad esempio, la mancanza della condizione di procedibilità prevista per il reato-presupposto (art. 60) o l'estinzione dell'illecito amministrativo (art. 67).

Verificata l'ammissibilità della richiesta ed escluso il proscioglimento dell'ente, il giudice emette il decreto di applicazione della sanzione pecuniaria nell'importo, non modificabile, determinato dal pubblico ministero. Il suo contenuto segue lo schema dell'art. 460 c.p.p. con gli adattamenti richiesti dal particolare contesto nel quale è richiamato (ad esempio, i dati identificati dell'ente anziché le generalità dell'imputato). Tra gli elementi che deve indicare vanno ricordati, per la loro rilevanza, gli avvisi destinati all'ente condannato: quelli circa la possibilità di fare opposizione al decreto nei termini (quindici giorni

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dalla sua notificazione) chiedendo il giudizio immediato, l'abbreviato o l'applicazione della sanzione su richiesta (art. 460 comma 1 lett. *e* c.p.p.); circa l'esecutività del decreto in mancanza di opposizione (art. 460 comma 1 lett. *f* c.p.p.) e circa la facoltà di nominare un difensore (art. 460 comma 1 lett. *g* c.p.p.).

La disposizione dell'art. 460 comma 1 c.p.p. include ora anche un ulteriore avviso (lett. h-*ter*) introdotto dalla *riforma Cartabia*: si riferisce alla possibilità di effettuare il pagamento della pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto, con rinuncia alla opposizione. Anche questa innovazione — che mira appunto a disincentivare la contestazione della condanna — risponde allo scopo, perseguito dal riformatore, di valorizzare la funzione deflativa del rito monitorio. Di essa, che investe vari profili, si tratterà nel successivo §: in proposito basta segnalare la sua incidenza sul fronte dei vantaggi connessi alla acquiescenza al decreto penale; peraltro, poiché non replicata espressamente nella disciplina dell'art. 64, la sua *traslatio* nella sede in esame va sottoposta al consueto controllo di compatibilità.

Il decreto va notificato all'ente e al riguardo devono essere osservate le particolari regole stabilite dall'art. 43, tra le quali quella (comma 3) che prescrive la sospensione del procedimento ove risulti la situazione di non reperibilità dell'ente.

17. (*Segue*): gli effetti premiali del rito e l'opposizione.

Al decreto di applicazione della sanzione pecuniaria sono collegati vantaggi mirati a favorire l'adesione ad esso da parte dell'ente e, quindi, a invogliarlo a non proporre opposizione.

La diminuzione della sanzione pecuniaria, nella misura richiesta dal pubblico ministero, è l'effetto premiale conseguente al rito espressamente stabilito dall'art. 64. Poiché la norma (comma 4) prevede l'osservanza della disciplina codicistica del decreto penale di condanna in quanto compatibile, occorre fare riferimento a questa e, in particolare, alla disposizione dell'art. 460 comma 5 c.p.p. per verificare l'estensibilità all'ente degli altri effetti premiali contemplati per l'imputato.

È senz'altro compatibile l'esonero dal pagamento delle spese processuali, mentre incompatibili sono il beneficio della non applicazione delle pene accessorie, l'inefficacia del decreto nei giudizi civili e amministrativi e l'effetto differito della estinzione del reato per i quali valgono le considerazioni svolte a proposito degli effetti premiali del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

rito di cui all'art. 63 (v., *supra*, § 14). Da ricordare che, per il decreto di condanna — così come per la sentenza di applicazione della sanzione su richiesta — è prevista la non menzione nel certificato a richiesta dell'ente, quale effetto premiale della semplificazione prodotta dal rito (art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002).

Con riferimento al contesto punitivo destinato all'ente, deve ritenersi senz'altro esclusa la sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna (art. 18) prevista come conseguenza della irrogazione di sanzioni interdittive, esito non consentito dal procedimento per decreto di condanna che ha ad oggetto la sola sanzione pecuniaria. Ciò, tuttavia, non è di ostacolo alla applicazione della confisca poiché quello che si è voluto impedire è la condanna — per decreto — a sanzioni interdittive. La confisca, infatti, non può mancare in ragione del suo carattere obbligatorio (art. 19) e, del resto, analogamente si stabilisce quanto al decreto penale codicistico che ammette l'applicazione della confisca – misura di sicurezza patrimoniale appunto obbligatoria – *ex* art. 240 c.p. (art. 460 comma 2 c.p.p.) benché l'operatività del rito sia circoscritta alla applicazione della sola pena pecuniaria (art. 459 comma 1 c.p.p.). Da non trascurare, inoltre, la circostanza che il decreto in esame trova fondamento nell'accertamento della responsabilità dell'ente; come si è visto, è emesso dopo che il giudice abbia verificato l'impossibilità di pronunciare *sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente* anche nel caso di prova dubbia, contraddittoria o insufficiente. Da questo punto di vista il decreto di applicazione della sanzione pecuniaria è equivalente alla sentenza di condanna, presupposto del provvedimento di confisca (art. 19). Al fine di renderla applicabile spetta al pubblico ministero indicare, nella sua richiesta, prezzo o profitto del reato come accertato nel corso delle indagini.

Avverso il decreto è consentito proporre opposizione dall'ente personalmente, e perciò previa sua costituzione *ex* art. 39, o dal suo difensore nel termine di quindici giorni decorrente dall'ultima notificazione del decreto stesso. La disciplina dell'opposizione si ricava dalle norme codicistiche corrispondenti cui fa rinvio l'art. 64 comma 4. Da tenere presente, in particolare, che con l'atto di opposizione l'ente può optare per il procedimento speciale dell'abbreviato, della applicazione della sanzione su richiesta o dell'immediato (art. 461 comma 3 c.p.p.) e che, una volta accertata l'ammissibilità della richiesta, si apre la fase del giudizio nella forma indicata dall'ente nel cui ambito sono precluse ulteriori scelte di riti semplificati; preclusa anche una eventuale richiesta di oblazione in quanto istituto non contemplato per l'ente.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Con l'opposizione, come è noto, si impedisce l'esecutività del decreto di condanna: proprio la frequenza statistica con cui, nel sistema del codice di rito, l'opposizione è stata attivata nel tempo ha indotto il recente legislatore ha un intervento di modifica. Nel precedente § si è detto che il decreto penale deve indicare che la rinuncia alla opposizione comporta la riduzione di un quinto della pena pecuniaria (art. 460 comma 1 lett. h-*ter* c.p.p.), abbattimento ulteriore rispetto al *quantum* — indicato nel minimo, dal pubblico ministero — subordinato tuttavia alla condizione del suo pagamento nel termine prescritto. Se tale decurtazione e relativa condizione possano riguardare anche l'ente, e quindi la sanzione pecuniaria applicata con il decreto, è questione da risolvere alla luce delle finalità perseguite con la riforma del rito monitorio codicistico.

L'obiettivo di rivitalizzare la sua vocazione deflativa, in realtà, è stato preso in carico dal legislatore anche con riguardo al procedimento speciale regolato dall'art. 64: lo conferma la variazione espressamente operata sul termine — portato dagli originari sei mesi a un anno — per la richiesta del pubblico ministero, ampiamento di per sé preordinato a scoraggiare il ricorso alla opposizione; è naturale, pertanto, ritenere che anche l'innovazione riferita agli effetti premiali derivanti dal pagamento della sanzione pecuniaria con rinuncia alla opposizione e finalizzata al medesimo risultato sia parte integrante della disciplina del procedimento speciale destinato alla *societas*.

Seri dubbi di compatibilità con lo stesso "sistema 231" solleva invece la scelta normativa di potenziare al massimo grado l'incentivo ad accettare comunque la condanna: con inedita previsione (art. 460 comma 5 quarto periodo c.p.p.) si stabilisce, difatti, che il pagamento della pena pecuniaria — oltre alla riduzione della pena — produce l'estinzione del reato. Un effetto così dirompente sull'illecito addebitato all'ente e oggetto di sua condanna si scontra frontalmente con le finalità della complessiva disciplina del processo *de societate*: il suo scopo programmatico di orientare l'agire imprenditoriale nel segno della legalità pretende condotte di riparazione degli effetti della violazione accertata; a queste collega vantaggi — riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12), esclusione della applicazione delle sanzioni interdittive (art. 17) — che mai lambiscono la sussistenza dell'illecito amministrativo. E, anzi, le cause di sua estinzione (art. 8 comma 1 lett. *a* e art. 22) sono regolate in modo differenziato e risultano più circoscritte di quelle relative al reato-presupposto. Tutte queste considerazioni portano a escludere che la nuova previsione relativa all'effetto

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

estintivo (art. 460 comma 5 quarto periodo c.p.p.) possa essere applicabile nell'ambito del rito regolato per l'ente.

L'opposizione ha incidenza sul decreto di condanna che, infatti, viene revocato dal giudice del giudizio (art. 464 comma 3 c.p.p.), libero, tuttavia, di applicare una pena anche diversa e più grave di quella stabilita nel decreto stesso e di revocare i benefici già concessi (art. 464 comma 4 c.p.p.) data la non operatività del divieto di *reformatio in peius*. Alla opposizione parziale sono collegati anche effetti sospensivi ed estensivi per il caso di decreto emesso a carico di più enti cui sia addebitato il medesimo illecito: l'opposizione di uno solo di essi provoca la sua sospensione nei confronti di tutti e ciò in applicazione dell'art. 463 comma 1 c.p.p. E, a favore di tutti, ha effetto la sentenza, successivamente emessa, di proscioglimento perché il fatto non sussiste, non è previsto come reato o è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione (art. 464 comma 5 c.p.p.).

Meno lineare la soluzione da proporre nella ipotesi in cui, instaurato il processo congiuntamente nei confronti sia dell'autore del reato sia dell'ente, il decreto di condanna sia richiesto ed emesso a carico dell'uno (decreto penale di condanna *ex* art. 460 c.p.p.) e dell'altro (decreto di applicazione della sanzione pecuniaria *ex* art. 64) e solo uno di essi (imputato o ente) proponga opposizione. Al riguardo occorre considerare che non vi è coincidenza tra i fatti oggetto del giudizio, poiché l'illecito amministrativo è fattispecie complessa che comprende altri elementi oltre al fatto di reato (v. artt. 5 e 6). Per questa ragione, mentre si deve ammettere che l'opposizione — da chiunque (imputato/ente) proposta — determina la sospensione del decreto di condanna (art. 463 comma 1 c.p.p.), l'effetto estensivo della sentenza viene a dipendere dal soggetto opponente e dalla causa del proscioglimento: una opposizione promossa dall'imputato che sfoci in una sentenza liberatoria (perché il fatto non sussiste, non è previsto come reato o è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione) (art. 464 comma 5 c.p.p.), giova senz'altro all'ente; una opposizione promossa dall'ente che sfoci nella sentenza di esclusione della sua responsabilità può non giovare all'imputato quando non coinvolga anche la sussistenza del reato e riconosca ad es. che il reato è stato commesso nell'interesse esclusivo dell'imputato o di terzi (art. 5 comma 2) ovvero con elusione fraudolenta del modello organizzativo (art. 6 comma 1).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

18. Il giudizio immediato e il giudizio direttissimo.

Come si è già osservato, giudizio immediato e giudizio direttissimo sono ammessi anche nel processo *de societate* nonostante manchino regole specifiche; al riguardo valgono le chiare indicazioni della Relazione e opera il rinvio generale di cui all'art. 34 alle disposizioni del codice di procedura penale. Si può aggiungere che nella disciplina del processo all'ente sono presenti indici testuali che confermano la loro praticabilità: si tratta dell'art. 59 e dell'art. 62 comma 2. Il primo stabilisce che la contestazione dell'illecito amministrativo è contenuta in uno degli atti indicati dall'art. 407-*bis* c.p.p., norma che regola i modi di esercizio dell'azione penale tra i quali sono compresi la richiesta di giudizio immediato e la presentazione a giudizio direttissimo. Il secondo (art. 62 comma 2) rinvia all'art. 558 comma 8 c.p.p. che prevede la trasformazione del giudizio direttissimo in abbreviato. La disciplina di questi procedimenti speciali — acceleratori del dibattimento e attivabili per iniziativa, di regola, del solo pubblico ministero — va individuata facendo riferimento a quella dettata dal titolo III (giudizio direttissimo) e dal titolo IV (giudizio immediato) del libro sesto del codice di procedura penale previa verifica di compatibilità.

L'illustrazione che segue attiene al caso in cui il procedimento per l'illecito amministrativo e quello per il reato-presupposto seguano percorsi autonomi e, perciò, si riferisce alla disciplina dei due giudizi in esame instaurati nei confronti del solo ente; restano ferme le considerazioni già svolte, quanto all'ipotesi di *processus simultaneus* (v., *supra*, § 2).

A proposito del giudizio immediato si deve tenere presente che il codice di rito ne contempla tre specie. Senz'altro ammissibile è la forma di giudizio immediato di cui all'art. 419 comma 5 c.p.p.: l'ente costituito, così come l'imputato, può rinunciare all'udienza preliminare e chiedere il giudizio immediato almeno tre giorni prima della data dell'udienza; solamente in questo caso il giudizio immediato è instaurato su iniziativa dell'ente. Da escludersi è l'ipotesi di immediato che presuppone lo stato di custodia cautelare dell'imputato (art. 453 comma 1-*bis* c.p.p.), situazione non configurabile in relazione all'ente, persona giuridica.

È certamente applicabile il giudizio immediato previsto dall'art. 453 comma 1 c.p.p. che può essere promosso — purché ciò non pregiudichi gravemente le indagini — entro novanta giorni dalla annotazione dell'illecito nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (art. 55)

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

quando la prova appare evidente e l'ente è stato interrogato sui fatti dai quali emerge l'evidenza probatoria o comunque è stato convocato per l'interrogatorio. Ma proprio tale presupposto è destinato a limitare l'operatività in concreto del rito: il problema che si prospetta riguarda l'individuazione del soggetto abilitato a rendere l'interrogatorio in tal modo consentendo l'attivazione del giudizio immediato.

Come si sa, l'ente partecipa al procedimento con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato-presupposto (art. 39): in una simile situazione la sua partecipazione è subordinata alla nomina di un altro soggetto quale suo rappresentante legale o anche solo quale rappresentante *ad processum*. Tralasciando questo caso (rappresentante legale imputato del reato-presupposto), resta il fatto che, anche se all'ente si estendono le garanzie previste per l'imputato (art. 35), il suo rappresentante legale non sempre riceve lo stesso trattamento dell'imputato; in particolare, è considerato incompatibile con l'ufficio di testimone *solamente* se rivestiva tale funzione *anche* al momento della commissione del reato (art. 44 comma 1 lett. *b*). Data questa ipotesi, il legale rappresentante dell'ente riveste lo *status* di imputato (art. 44 comma 2) e può essere sottoposto a interrogatorio integrando il presupposto del rito.

Quando, invece, l'ente partecipa al procedimento con un "nuovo" rappresentante legale — vale a dire quello che ha assunto tale carica successivamente alla commissione del reato — a questo è riconosciuta la veste di testimone venendo meno l'incompatibilità di cui all'art. 44 comma 1 lett. *b*. È evidente che il rappresentante legale/testimone non può essere sottoposto a interrogatorio, ma casomai essere sentito quale persona informata dei fatti a norma dell'art. 362 c.p.p., circostanza che impedisce l'integrazione del presupposto richiesto per il giudizio immediato (sulla questione del regime processuale del rappresentante legale dell'ente, v., *supra*, cap. XV).

Una situazione analoga si verifica a proposito del giudizio direttissimo. Anche di questo sono contemplate ipotesi diverse, due relative al caso di arresto in flagranza dell'imputato-persona fisica (art. 449 comma 1 e 2 c.p.p.), certamente non compatibili con la situazione dell'ente persona giuridica, l'altra attinente alla ipotesi di confessione resa nel corso dell'interrogatorio (art. 449 comma 5 c.p.p.), l'unica applicabile. Ma anche a questo proposito, la disciplina che regola la partecipazione dell'ente al procedimento, la sua equiparazione all'imputato ed il regime della incompatibilità a testimoniare provocano le conseguenze già descritte con riguardo al giudizio immediato. Sola-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

mente il legale rappresentante dell'ente che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato è in grado di essere sottoposto, nello *status* di imputato (art. 44 comma 2), all'interrogatorio e in tale ambito rendere confessione.

Valgono anche per il giudizio direttissimo nei confronti dell'ente le regole semplificate e più agili stabilite per l'imputato con particolare riguardo alla citazione dei testimoni, al termine a difesa e alla possibilità di optare per il giudizio abbreviato ovvero per l'applicazione della sanzione su richiesta (art. 451 c.p.p.).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO VENTESIMO

IL GIUDIZIO

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale. — 2. La sentenza di proscioglimento anticipato. — 3. La sospensione del processo per le attività riparatorie. — 4. Gli epiloghi: la sentenza di esclusione della responsabilità. — 5. (*Segue*): la sentenza di non doversi procedere. — 6. (*Segue*): provvedimenti sulle cautele (rinvio). — 7. (*Segue*): la sentenza di condanna. — 8. (*Segue*): la sentenza in caso di vicende modificative dell'ente.

1. Inquadramento generale.

Le questioni circa le norme applicabili in sede di giudizio vanno risolte inquadrandole nel prisma dell'art. 34 il quale rinvia — come noto — alle disposizioni del c.p.p. « in quanto compatibili ». La sezione VII del capo III del d.lgs. n. 231 del 2001 si limita a disciplinare, accanto alla fattispecie della sospensione del processo per eseguire attività riparatorie (art. 65), gli epiloghi del dibattimento (artt. 66-70). Probabilmente, dalla premessa secondo la quale l'illecito dell'ente viene di regola accertato, nel *simultaneus processus*, assieme a quello contestato alla persona fisica, è derivata la convinzione che gli itinerari procedurali da percorrere siano comuni, « dissolvendosi la vicenda dipendente [dal reato] nel contesto della procedura 'principale', salvo l'adozione delle rare e diverse regole, contemplate *expressis verbis* » (SCALFATI).

Si è tuttavia avuto modo di vedere che la riunione tra procedimenti rischia di svilire a regola scritta sull'acqua (a causa delle numerose eccezioni contemplate dall'art. 38 comma 2); inoltre, il procedimento per accertare l'illecito « amministrativo » potrebbe proseguire autonomamente (quando addirittura non sia nato in completa solitudine: v. art. 8); infine, l'incerto regime da applicare alla figura del rappresentante legale dell'ente (testimone o imputato?) dissemina trabocchetti interpretativi lungo tutta la fase dell'istruttoria dibattimentale. Il rinvio operato dall'art. 34 al codice di rito si rivela dunque tutt'altro che una

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

panacea, con la conseguente difficoltà di adattare il primo alla peculiare fisionomia dell'ente-imputato.

A prescindere da questa premessa, risulta applicabile, nel giudizio celebrato per accertare l'illecito dipendente da reato, la maggior parte delle disposizioni contenute nel libro VII del codice di rito. A titolo di esempio menzioniamo — per ciò che concerne gli atti preliminari al dibattimento — l'acquisizione di atti urgenti (art. 467 c.p.p.), la presentazione della lista *ex* art. 468 c.p.p. e la sentenza di proscioglimento anticipato (art. 469 c.p.p.). Viene poi in gioco la disciplina generale di cui al capo I del titolo II (eccettuate le disposizioni — riservate alla persona fisica — di cui agli artt. 474 e 475 c.p.p. in materia, rispettivamente, di libertà in udienza e allontanamento coattivo dell'imputato). Con riferimento agli atti introduttivi, richiamiamo le previsioni sulle questioni preliminari e sul controllo circa la costituzione delle parti (quanto alla disciplina, autonoma *ex* art. 41, della contumacia dell'ente, v., *supra,* cap. XIV, § 6) ivi comprese quelle (art. 420-*ter* c.p.p. cui rinvia l'art. 484 comma 2-*bis* c.p.p.) sul legittimo impedimento del difensore.

Per l'operatività di talune norme dell'istruzione dibattimentale va invece precisato che l'equiparazione tra imputato ed ente (*ex* art. 35) dovrebbe essere estesa al rappresentante legale di quest'ultimo (MANZIONE); è questa la condizione per applicare disposizioni come quelle che prevedono l'intervento diretto dell'imputato (con dichiarazioni spontanee: art. 494 c.p.p.), il suo esame e le relative contestazioni (artt. 500 e 503 c.p.p.), l'acquisizione di dichiarazioni rilasciate durante le indagini o l'udienza preliminare (art. 513 c.p.p.), la lettura di atti di cui è sopravvenuta l'impossibilità della ripetizione (art. 512 c.p.p.). Procedendo oltre, si possono considerare applicabili anche le norme sulle modificazioni dell'accusa per fatto diverso (art. 516 c.p.p.), per un reato concorrente (art. 517 c.p.p.; v., *supra*, cap. XI, § 16) o nuovo (art. 518 c.p.p.); il principio di correlazione tra illecito contestato e sentenza (art. 521 c.p.p.); il divieto di utilizzabilità di cui all'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p.

Sono senz'altro compatibili e perciò applicabili anche due disposizioni introdotte dalla recente *riforma Cartabia*. La prima si riferisce alla possibilità che l'assunzione delle prove (esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici delle persone indicate dall'art. 210 e delle parti) avvenga a distanza, su disposizione del giudice e con il consenso delle parti: lo prevede l'art. 496 comma 2-*bis* c.p.p. e le modalità sono quelle generali stabilite dall'art. 133 c.p.p. La seconda riguarda la documentazione degli esami appena citati a cui si aggiungono gli atti di ricognizione e i confronti: per questi si contempla anche la riproduzione au-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

diovisiva salva la indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico (art. 510 comma 2-*bis* c.p.p.) ma a prescindere da una espressa richiesta delle parti (così dopo che il d.lgs. 19 marzo 2024 n. 31 — correttivo e integrativo della *riforma Cartabia* — ha abrogato il comma 3-*bis* dell'art. 510 c.p.p.). Da tenere presente che, in caso di separazione del processo dell'imputato-persona fisica da quello dell'ente, la trasmigrazione delle prove assunte nel primo in quello *contra societatem* deve rispettare la disciplina dell'art 238 c.p.p. (così come l'efficacia della sentenza irrevocabile, pronunciata nei confronti dell'autore del reato-presupposto, è condizionata, nel processo all'ente, dalle regole dettate dall'art. 238-*bis* c.p.p.). Applicabili, infine, le disposizioni — in caso di reato-presupposto perseguibile con citazione diretta — contenute negli artt. 555 (udienza dibattimentale) e 559 (dibattimento) c.p.p.

2. La sentenza di proscioglimento anticipato.

Epilogo anticipato rispetto alla decisione sul merito è quello rappresentato dalla sentenza di proscioglimento, di cui all'art. 469 c.p.p., con la quale il processo si chiude nella fase degli atti preliminari al dibattimento. Essa può essere pronunciata a favore sia della persona fisica imputata del reato-presupposto, sia della *societas* nei casi in cui l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita nei confronti dell'autore del reato per carenza di una condizione di procedibilità (art. 37) o perché l'intervenuta prescrizione del reato da cui l'illecito amministrativo dipende ne preclude(va) la contestazione (art. 60), ma il pubblico ministero aveva ignorato l'ostacolo e, a sua volta, il giudice dell'udienza preliminare non si era pronunciato per il non doversi procedere.

In presenza dei suddetti presupposti, il giudice deve sentire (nella fase pre-dibattimentale) il pubblico ministero e l'imputato e, se costoro non si oppongono, pronuncia sentenza inappellabile di non doversi procedere. In particolare, il requisito — da accertare — della non opposizione dell'ente-imputato è giustificato dal fatto che quest'ultimo potrebbe avere interesse ad una decisione di proscioglimento *nel merito*, la quale non può che essere pronunciata in esito al dibattimento; tuttavia, qualora l'ente non si sia costituito nel processo (e quindi dichiarato contumace), sarà impossibile accertarne la non opposizione al provvedimento previsto dall'art. 469 c.p.p. e, pertanto, si prospetta come « inevitabile » (Paolozzi) l'apertura del dibattimento.

Da precisare che nemmeno nella sede in esame, di proscioglimento anticipato, può trovare applicazione la fattispecie di cui all'art. 131-*bis*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

c.p. (non punibilità per particolare tenuità del fatto) per le ragioni già indicate alle quali si rinvia (v., *supra*, cap. VI, § 2 e cap. XVIII, § 4).

3. La sospensione del processo per le attività riparatorie.

Inaugura la sequenza di disposizioni dedicate al giudizio l'inedito istituto della sospensione del processo finalizzata a consentire la riparazione delle conseguenze del reato (art. 65). Su richiesta dell'ente di provvedere alle attività risarcitorie e reintegrative (di cui all'art. 17) il giudice può disporre la stasi del rito assegnando un termine per il loro compimento; l'istanza deve essere formulata prima dell'apertura del dibattimento di primo grado ed il suo accoglimento è subordinato al fatto che la persona giuridica dimostri di essersi trovata nell'impossibilità di effettuare — antecedentemente a questo frangente — gli adempimenti in parola. Il termine in oggetto è inteso, per un verso, ad evitare « lo svolgimento di attività probatorie [nel dibattimento] che potrebbero esser rese inutili dalla riparazione », per l'altro, a mettere a disposizione dell'ente « un adeguato *spatium temporis* per la richiesta, specie ove si pervenga alla fase processuale in assenza di udienza preliminare » (RELAZIONE).

L'onere probatorio dell'ente, circa l'impedimento irresistibile, verte su situazioni di varia natura, tra le quali si possono ipotizzare la tardiva conoscenza del procedimento a suo carico oppure l'assenza della liquidità necessaria — desumibile dall'esame dei bilanci — per provvedere all'integrale risarcimento del danno (GENNAI-TRAVERSI). Essenziale è che la sospensione « sia accordat[a] non all'ente che abbia fatto spirare il termine ordinario per scelta o negligenza, ma solo se, per ragioni obiettive, non sia stato possibile realizzare le condotte riparatorie tempestivamente » (RELAZIONE).

Qualora la valutazione dell'organo giurisdizionale — improntata ad ampia discrezionalità — sia favorevole alla richiesta dell'imputato, il giudice stesso stabilisce:

1) la scadenza del termine entro il quale compiere le attività riparatorie;

2) una somma di denaro a titolo di cauzione (le cui successive vicende sono regolamentate dall'art. 49, richiamato dall'art. 65).

Per effetto della decisione, l'*iter* processuale è sospeso.

Alla luce dell'*esprit* "collaborativo" di cui il sistema è pervaso, non dovrebbe ritenersi preclusa la proroga del termine nel caso in cui il beneficiario — attivatosi in concreto per gli adempimenti di cui all'art.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

17 — dimostri *ex post* l'insufficienza di quello originariamente assegnato dal giudice. La conclusione è supportata da due considerazioni. *In primis*, l'ente verrebbe a realizzare l'obiettivo del "sistema 2001": l'interesse alla proroga risiede proprio nel fatto che è perseguito il ripristino della legge; in secondo luogo, si tratterebbe dell'ultima *chance* per l'ente deciso a percorrere questa strada (così, almeno, fino alla fase esecutiva dove, tuttavia, i benefici premiali connessi alle condotte *ex* art. 17 sono meno vantaggiosi: cfr. art. 78 e, *infra*, cap. XXII, § 4).

In ogni caso, scaduto il termine in questione — anche laddove prorogato — il processo riprende il suo corso; lo stesso accade nel caso di inadempimento da parte dell'ente: la cauzione sarà devoluta alla Cassa delle ammende (v. art. 49). Se — invece — i prescritti adempimenti riparatori sono regolarmente realizzati, all'ente non si applicheranno le sanzioni interdittive (inoltre, la cauzione sarà restituita), mentre quella pecuniaria verrà irrogata — in caso di riconosciuta responsabilità dell'imputato — in misura ridotta (cfr. artt. 10 comma 1 e 12 commi 2 e 3).

Una nota conclusiva sulla *ratio* ispiratrice dell'istituto. Se è vero che le scoperte finalità del provvedimento sospensivo sono quelle di precludere — una volta poste in essere le promesse condotte riparatorie — l'inflizione di sanzioni interdittive in caso di condanna e di sospendere, nell'immediato, l'esecuzione delle medesime in forma cautelare (artt. 65 e 49), non possono non riproporsi qui le perplessità legate al rapporto tra gli incentivi alle attività riparatorie da eseguire *prima dell'accertamento giudiziale del fatto* e l'intangibilità della presunzione di non colpevolezza (nonché del diritto di difesa).

4. Gli epiloghi: la sentenza di esclusione della responsabilità.

Per ciò che concerne la sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente, pronunciata quando l'illecito amministrativo contestato all'ente « non sussiste » (art. 66), occorre rimandare a quanto in precedenza esposto a proposito dei rapporti intercorrenti tra soggetti in posizione apicale o subordinata, modelli di organizzazione dell'ente (artt. 6 e 7) e regole di giudizio (per l'interpretazione "correttiva" prospettata dalla recente giurisprudenza, si rinvia a quanto osservato nel cap. VII, § 1). Come si ricorderà, le cadenze dell'accertamento giudiziale risentono della struttura — alquanto articolata — dell'illecito « amministrativo » dipendente da reato; la verifica giudiziale atterrà, pertanto, alla (in)sussistenza dei fatti costitutivi dell'imputazione della

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

responsabilità della persona giuridica tanto dal punto di vista oggettivo (reato-presupposto commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente), quanto da quello soggettivo — autore in posizione apicale, *ex* art. 6, o subordinata, *ex* art. 7, con le rispettive diversificazioni del canone probatorio e ripartizioni del relativo onere. Ed anche le situazioni di dubbio saranno suscettibili di essere sussunte (o meno) nella sentenza di esclusione di responsabilità per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova dell'illecito amministrativo (art. 66), secondo la ripartizione, tra le parti, dell'onere della prova.

La complessità del suddetto apprezzamento è soprattutto dovuta al vincolo che lega l'illecito dell'ente al reato-presupposto della persona fisica: nell'ipotesi citata, il giudizio liberatorio su quest'ultimo influisce — seppure con l'importante eccezione dei casi di autonomia della responsabilità dell'ente (cfr. art. 8) — sulla valutazione del primo.

Il sistema ha previsto un'unica tipologia di sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente per *insussistenza dell'illecito « amministrativo »* (art. 66) nella quale confluiscono le seguenti ipotesi:

a) l'accusa non ha provato la sussistenza del reato-presupposto da cui l'illecito dipende oppure il reato è stato riqualificato e non è (più) riconducibile al novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente;

b) l'accusa non ha provato l'esistenza dei requisiti dell'interesse o vantaggio o non ha dimostrato la violazione degli obblighi di direzione o di vigilanza nel caso contemplato dall'art. 7 comma 1; oppure l'ente è riuscito a dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi dell'esimente — o fatto impeditivo che dire si voglia — di cui all'art. 6 comma 1 o 7 comma 2.

Nei casi di dubbio — cioè a dire, mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova dell'illecito amministrativo (art. 66 secondo periodo) — la regola di giudizio che si applica all'imputato (*in dubio pro reo*) porta alla declaratoria di esclusione della responsabilità dell'ente — sempre con indicazione della causa nel dispositivo — poiché l'onere della prova è a carico del pubblico ministero. Viceversa, il dubbio sulle esimenti (*ex* artt. 6 comma 1 e 7 comma 2) è sopportato dall'ente (e, in tale caso, si pronuncia sentenza di condanna: v., *infra*, § 7): la sentenza di cui all'art. 66 (secondo periodo) non ricalca dunque la previsione dell'art. 530 comma 3 c.p.p., secondo la quale dal dubbio sulla esistenza di una esimente scaturisce l'assoluzione.

Da rammentare altresì che, qualora l'assoluzione della persona fisica avvenga « per non aver commesso il fatto » — cioè una formula

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

indicativa della mancata identificazione dell'autore del reato —, la responsabilità dell'ente continua a sussistere in forza del principio di autonomia della medesima (a norma dell'art. 8 comma 1 lett. *a*). Nella stessa logica permane in capo all'ente la responsabilità « amministrativa » anche qualora l'imputato sia assolto perché « il fatto non costituisce reato » e la formula esprima, nel caso concreto, un difetto dell'elemento *psicologico — e non di quello materiale* — del reato (Paolozzi; Rigo). Inoltre, l'intervento di *cause estintive del reato diverse dall'amnistia* lascia sopravvivere — come noto — la responsabilità dell'ente (art. 8 comma 1 lett. *b*).

Nel caso l'ente sia assolto, ma risulti provata la sussistenza del reato-presupposto, è disposta la confisca del profitto che l'ente stesso ha ricavato dal reato, anche nella forma per equivalente; una disposizione che sembra trovare terreno elettivo di applicazione in quei casi in cui la *societas* è dichiarata non responsabile per avere fornito la prova dell'esimente prevista dall'art. 6 comma 1.

5. (*Segue*): la sentenza di non doversi procedere.

Quanto alla sentenza di non doversi procedere, l'art. 67 esplicita due diversi presupposti riconducibili, l'uno, all'estinzione per prescrizione del reato da cui dipende l'illecito amministrativo — se il pubblico ministero aveva contestato l'illecito ignorando la preclusione di cui all'art. 60, spetta al giudice porvi rimedio con la sentenza in parola (v., *supra*, cap. XVIII, § 5) —, l'altro, all'estinzione della sanzione amministrativa (*rectius*: dell'illecito, in quanto la sanzione definitiva si prescrive se l'esecuzione non ha luogo nel termine di cui all'art. 22 comma 1: v., *supra*, cap. XI, § 17) addebitabile, anche in questo caso, al decorso del tempo. Si tratta di provvedimenti che dovrebbero essere fisiologicamente adottati in fase di udienza preliminare, senza cioè attendere la celebrazione del dibattimento (a parte i casi in cui al dibattimento medesimo si pervenga con rito immediato, direttissimo o con citazione diretta).

A questi si aggiungono altre ipotesi disseminate nel sistema: dal sopravvenire di una legge che non contempla più il fatto (della persona fisica) come reato o la responsabilità dell'ente per un determinato reato-presupposto (v. art. 3 comma 1), all'assenza di una condizione di procedibilità nei confronti dell'autore del reato-presupposto (artt. 4 comma 2 e 37), dall'intervenuta amnistia (art. 8 comma 1 lett. *b* e comma 2), al caso di *bis in idem* concernente il procedimento contro l'ente, fino a quello di un processo celebrato contestualmente — nei

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

confronti dell'ente con sede principale in Italia — da parte dello Stato (estero) del luogo in cui è stato commesso il fatto, *ex* art. 4 comma 1.

Infine, nei casi di prova insufficiente o contraddittoria sull'esistenza di una condizione di procedibilità, o di dubbio sull'esistenza di una causa di estinzione del reato-presupposto o della sanzione (in realtà: illecito) amministrativa, il provvedimento di non doversi procedere è applicato in virtù delle regole — pienamente compatibili — di cui agli artt. 529 comma 2 e 531 comma 2 c.p.p.

6. (*Segue*): provvedimenti sulle cautele (rinvio).

Come in precedenza accennato, alle sentenze di esclusione della responsabilità e di non doversi procedere si accompagna la dichiarazione di cessazione delle misure cautelari eventualmente disposte (art. 68). Da tenere presente che altri epiloghi del procedimento, quali l'archiviazione o la sentenza di non luogo a procedere — così come la sentenza di proscioglimento emessa a conclusione del rito abbreviato —, conducono a tale esito (V., *supra*, cap. XVI, § 17).

7. (*Segue*): la sentenza di condanna.

Laddove il giudice riconosca l'ente responsabile dell'illecito amministrativo contestato provvede (art. 69):

1) ad irrogare le sanzioni, di cui all'art. 9, nel rispetto del principio di legalità (art. 2): ciò significa che possono essere applicate solo quelle espressamente contemplate per le singole fattispecie *ex* artt. 24 ss. (ad esempio, per i reati societari previsti dall'art. 25-*ter* sono irrogabili solo le sanzioni pecuniarie, non quelle interdittive); da sottolineare che la natura di sanzione autonoma attribuita alla *confisca* (*ex* art. 9 comma 1 lett. *c*) comporta l'inserimento « nel novero dei punti essenziali della sentenza » (Paolozzi) delle statuizioni sulla misura ablativa; e se nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva il giudice può disporre la pubblicazione della sentenza di condanna (*ex* art. 18);

2) a condannarlo al pagamento delle spese processuali.

Occorre ricordare la possibilità di disporre, in luogo della sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, la prosecuzione di quest'ultima — da parte di un commissario — per un periodo uguale alla durata della sanzione che sarebbe stata applicata (art. 15: quanto alle condizioni stabilite dal comma 1 lett. *a, b* e *b bis*,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

v., in dettaglio, *supra*, cap. XI, § 9); in sentenza vanno indicati i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività nella quale è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente (mentre la nomina del commissario dovrà essere richiesta dal pubblico ministero al giudice dell'esecuzione: v. art. 79).

Per quanto concerne l'applicazione delle sanzioni interdittive, la sentenza deve sempre indicare « l'attività o le strutture » della società condannata attinte dalle medesime (art. 69 comma 2): in questa disposizione si riflette il principio per il quale le interdizioni devono "individualizzarsi" in rapporto al segmento aziendale nel cui ambito si è manifestato l'illecito (art. 14 comma 1).

In presenza di una pluralità di illeciti valgono le disposizioni sul "cumulo giuridico" *ex* art. 21 (v., *supra*, cap. XI, § 16). È l'illecito più grave, da individuare in concreto, a rappresentare l'indice sul quale commisurare il più favorevole trattamento sanzionatorio — contemplato dalla cit. norma — qualora si debba irrogare una sanzione pecuniaria e una sanzione interdittiva.

Se una società con sede principale nel nostro Paese è condannata per reati commessi all'estero tramite una sua controllata (art. 4), il giudice italiano non può applicare sanzioni alla società o sede estera in assenza di una convenzione di collaborazione o di assistenza giudiziaria, con lo Stato interessato, che lo preveda.

Quando si tratta di individuare la sanzione interdittiva da irrogare all'ente, il giudice deve tenere conto della prevalenza dell'apparato sanzionatorio del d.lgs. n. 231 del 2001 su « diverse disposizioni di legge » che prevedano — a seguito della condanna per il reato — l'applicazione, nei confronti della società, di sanzioni amministrative di contenuto « identico o analogo » (art. 83 comma 1). E, se all'ente è già stata applicata una sanzione amministrativa di contenuto identico o analogo a quella interdittiva prevista dalla normativa del 2001, « la durata della sanzione già sofferta è computata ai fini della determinazione della durata della sanzione amministrativa dipendente da reato » (art. 83 comma 2).

Infine, non è applicabile l'istituto della sospensione condizionale della pena, poiché concepito e ritagliato sulla figura della persona fisica.

8. (*Segue*): la sentenza in caso di vicende modificative dell'ente.

A chiusura dell'articolato normativo in materia di decisioni, l'art. 70 (« Sentenza in caso di vicende modificative dell'ente ») dispone che il

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

provvedimento è pronunciato nei confronti delle nuove società scaturite dalle operazioni di trasformazione o fusione ovvero delle persone giuridiche beneficiarie della scissione; trattasi di precetto solo in apparenza comune alle sentenze di cui agli artt. 66, 67 e 69: in realtà, esso è circoscritto alla pronuncia di condanna.

L'art. 70 comma 1 prevede che il giudice — nel caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente responsabile — dia atto nel dispositivo che la sentenza è pronunciata nei confronti delle persone giuridiche risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiarie della scissione, indicando l'ente originariamente « responsabile » (ed è proprio questo esplicito riferimento a fare ritenere che la norma in questione si riferisca in via esclusiva al provvedimento di condanna). Inoltre, è statuito che la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti degli enti indicati nel comma 1 (art. 70 comma 2).

La prima ipotesi inerisce al caso in cui gli enti interessati alle vicende modificative hanno partecipato al processo o « comunque il giudice ha [avuto] notizia » — *certa* (puntualizza NAPOLEONI) — di tali eventi modificativi e vi sia, di conseguenza, « perfetta simmetria tra parti del processo e soggetti nei cui confronti la pronuncia è emessa » (RELAZIONE). La seconda, mira ad evitare che « attraverso il meccanismo della mancata partecipazione al giudizio da parte di enti, la cui esistenza verosimilmente sarà perlopiù ignota al giudice e allo stesso pubblico ministero, possa essere facilmente eluso il giudicato » (RELAZIONE). La condanna del "nuovo" ente non presuppone, dunque, la sua costituzione nel processo (con correlativa possibilità di difendersi "in prima persona") e, sotto questo specifico aspetto, taluno ha adombrato profili di illegittimità costituzionale della disciplina *de qua* in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. (NAPOLEONI); occorre tuttavia ricordare che la partecipazione al procedimento — tramite la dichiarazione di costituzione (art. 39 comma 2) — è una scelta discrezionale dell'ente e, come tale, esprime una ponderazione, dal punto di vista dell'interesse difensivo, dei benefici e dei costi ad essa connessi.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Capitolo Ventunesimo

LE IMPUGNAZIONI

Sommario: 1. Principi e regole generali. — 2. I soggetti legittimati. — 3. Impugnabilità oggettiva e mezzi di impugnazione. — 4. L'estensione dell'impugnazione. — 5. La revisione.

1. Principi e regole generali.

Una disciplina davvero scarna è stabilita in tema di « impugnazioni delle sentenze relative alla responsabilità amministrativa dell'ente »: benché ad essa sia dedicata una intera sezione (VIII) del capo (II) concernente la regolamentazione del processo *de societate*, sono solamente tre le norme previste, rispettivamente riferite a impugnabilità soggettiva e oggettiva (art. 71), estensione delle impugnazioni (art. 72) e revisione delle sentenze pronunciate nei confronti dell'ente (art. 73).

La circostanza trova spiegazione negli intenti perseguiti dal legislatore ed enunciati nella Relazione: da un lato, quello di evitare, fin dove possibile, l'eventuale insorgere di un contrasto di giudicati tra l'accertamento penale e quello relativo all'illecito amministrativo dipendente dal reato; dall'altro, quello di garantire all'ente — a prescindere dalle facoltà che l'ordinamento riconosce all'imputato del reato-presupposto — la più ampia possibilità di impugnare pronunce applicative delle sanzioni interdittive. Per soddisfare queste esigenze, sono parse idonee e sufficienti le norme degli artt. 71, 72 e 73 le quali, pertanto, non esauriscono il sistema delle impugnazioni destinato all'ente, ma si limitano a dettare regole derogatorie o specificative di quelle generali contemplate dal codice di rito. Alle regole generali codicistiche occorre, quindi, fare riferimento per completare il quadro, sulla base della norma di raccordo dell'art. 34 nonché della prevista estensione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato (art. 35) — in entrambi i casi, previo il consueto vaglio di compatibilità — e senza trascurare la cornice costituzionale e, in particolare, i principi sia di inviolabilità del diritto di difesa

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(art. 24 comma 2 Cost.) sia di ricorribilità per cassazione delle sentenze (art. 111 comma 7 Cost.).

Come è noto, sull'assetto delle impugnazioni codicistiche hanno inciso, dapprima, la l. 23 giugno 2017 n. 103 e il d.lgs. 6 febbraio 2018 n. 11 emanato in attuazione della specifica delega contenuta nella stessa legge (art. 1 comma 84 lett. *f-m*) mirata a soddisfare istanze di semplificazione e di razionalizzazione, e, più di recente, la complessiva *riforma Cartabia* finalizzata all'obiettivo più ambizioso di recuperare l'efficienza del processo penale e di riduzione dei suoi tempi. Assecondando tali esigenze, modifiche incisive sono state apportate sia alle previsioni generali sia alla regolamentazione dei singoli mezzi di impugnazione (appello, ricorso per cassazione). Da ultimo è intervenuta la l. 9 agosto n. 114: sorretta nel complesso da un proposito di rafforzamento delle garanzie, ha interessato poche disposizioni con innovazioni tuttavia non insignificanti. Della loro ricaduta sul regime impugnatorio dedicato all'ente, si renderà conto nel corso della illustrazione che segue.

Si deve osservare, inoltre, che le tre norme autonomamente previste attengono alla disciplina, per così dire, generale delle impugnazioni stabilite per l'ente e, perciò, operano con esclusivo riguardo alle sentenze pronunciate in esito al dibattimento: per le decisioni adottate nella sede dei giudizi speciali (abbreviato *ex* art. 62; applicazione della sanzione su richiesta *ex* art. 63 e procedimento per decreto *ex* art. 64), il rinvio alle corrispondenti statuizioni del codice di rito include le regole "speciali" relative al loro regime di impugnabilità, questo configurato in coerenza con la particolare fisionomia di ciascun rito (v., *supra*, cap. XIX, §§ 9, 14 e 17).

2. I soggetti legittimati

Titolari del diritto di impugnazione sono l'ente e il pubblico ministero secondo quanto si ricava dalla previsione dell'art. 71: l'omessa indicazione di altri soggetti e, in particolare, delle parti eventuali — parte civile, responsabile civile e persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria — ha fornito argomenti ulteriori alla tesi, affermatasi in giurisprudenza (Cass. 22 gennaio 2011, n. 2251; Id. 27 gennaio 2015, n. 3786) e accreditata dalla Corte di giustizia della Unione europea (Corte giust. sent. 12 luglio 2012, C-79/11), che reputa non ammissibile l'esercizio della pretesa risarcitoria nel contesto del processo *contra societatem* e ciò sul presupposto della non configurabilità di un *danno* derivante dall'*illecito* contestato alla persona giuridica (v., *supra*, cap.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

XIV, § 10). Ne consegue la non applicabilità delle norme che disciplinano la loro legittimazione alla impugnazione, vale a dire le disposizioni degli artt. 575 e 576 c.p.p. e quelle ad esse connesse in quanto concernenti la trattazione delle questioni di natura civilistica (artt. 572-574, 578, 600, 612 e 622 c.p.p. nonché l'art. 601 c.p.p. nella parte in cui si riferisce alle parti private diverse dall'imputato).

La titolarità riconosciuta all'ente comporta che l'impugnazione può essere proposta da lui personalmente e, se contumace, per mezzo di un procuratore speciale. L'esercizio personale del diritto di impugnare necessita della intermediazione del suo legale rappresentante e presuppone la previa costituzione dell'ente a norma dell'art. 39; nel caso in cui il rappresentante legale sia imputato del reato-presupposto, l'ente che intenda partecipare al procedimento, come è noto, è tenuto a provvedere alla sua sostituzione o, in alternativa, alla nomina di un rappresentante legale *ad processum*, da indicare nella dichiarazione di cui all'art. 39 (comma 2 lett. *a*).

Va rilevato, tuttavia, che la l. n. 103 del 2017 ha precluso all'imputato di presentare personalmente il ricorso per cassazione, nonché le memorie e i motivi nuovi, rendendo necessaria la mediazione del difensore iscritto all'albo speciale (art. 613 comma 1 c.p.p.). L'innovazione si connette alla generale finalità deflativa perseguita dal legislatore e, più in particolare, allo scopo di ridurre il carico di lavoro della Corte di cassazione a fronte del rilevante numero di atti di ricorso personali dell'imputato privi dei necessari requisiti tecnici: le Sezioni unite, già intervenute, hanno precisato la portata della nuova disposizione riferendola a qualunque ipotesi di ricorso legislativamente contemplata, anche di matrice extracodicistica (Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Aiello): pertanto, identico limite e analogo obbligo si riflettono in capo all'ente.

Una legittimazione autonoma spetta al difensore (di fiducia o d'ufficio), ma l'ente ha diritto di togliere effetto all'impugnazione dallo stesso proposta (art. 571 comma 4 c.p.p.).

Resta da stabilire quale sia il soggetto abilitato ad impugnare per i casi in cui, nel corso del procedimento, intervenga una modificazione dell'ente per effetto di trasformazione (art. 28), fusione (art. 29), scissione (art. 30). Al riguardo operano le relative regole che individuano l'ente al quale deve essere ascritta la responsabilità accertata con la sentenza, in particolare, riferendola all'ente risultante sia dalla trasformazione sia dalla fusione; la responsabilità spetta all'ente scisso nel caso di scissione parziale, ma l'ente beneficiario della scissione è

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

considerato obbligato solidalmente al pagamento delle sanzioni pecuniarie (art. 30 comma 2) mentre le sanzioni interdittive si applicano all'ente a cui è rimasto o è stato trasferito il ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato-presupposto (art. 30 comma 3).

La disciplina processuale di questi fenomeni mira ad evitare che siano poste in atto manovre elusive della sanzione e perciò prevede che la sentenza pronunciata a carico dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti dell'ente risultante dalla vicenda modificativa (art. 70 comma 2). D'altro lato, lascia all'ente risultante la scelta di partecipare al procedimento (art. 42) senza stabilire, tuttavia, né l'obbligo di informare il giudice della avvenuta modificazione né l'obbligatoria interruzione del procedimento stesso allo scopo di integrare il contraddittorio. Ai fini della legittimazione a impugnare, la questione si prospetta nella ipotesi in cui il "nuovo" ente non si costituisca nel procedimento sia per sua volontà sia per il solo fatto di ignorarne l'esistenza. In tale situazione il procedimento continua a svolgersi nei confronti dell'ente originario al quale solamente può riconoscersi la legittimazione alla impugnativa.

Anche se, a fronte di questa soluzione — l'ente risultante subisce le conseguenze sanzionatorie di un illecito addebitato e riconducibile ad "altri" — potrebbero ipotizzarsi dubbi di costituzionalità, non si può ignorare che, valutate da un punto di vista sostanziale, le vicende modificative dell'ente originario non comportano in realtà la sua scomparsa, bensì la sua sopravvivenza nell'ambito dell'ente risultante (Napoleoni); ciò è scontato nel caso di trasformazione, evento che si risolve in un mero mutamento del modulo organizzativo dell'ente: poiché resta intatta la sua identità, è addirittura escluso che si tratti di « trasferimento di responsabilità » (Napoleoni).

Stando alla dottrina, il rilievo vale anche quanto alle ipotesi di fusione e di scissione, ove è palese che l'ente originariamente responsabile si trova, rispettivamente, incorporato (nell'ente risultante dalla fusione) o suddiviso (nell'ente beneficiario della scissione) divenendo parte della organizzazione del "nuovo" ente. Pertanto l'applicabilità ad esso delle sanzioni per gli illeciti dipendenti da reato imputabili al primo si traduce non già in una trasmissione della responsabilità, ma in una semplice *perpetuatio* della responsabilità medesima, giustificata proprio dalla esigenza di evitare aggiramenti dei nuovi strumenti di accertamento e di repressione (Napoleoni).

Per rinvio generale *ex* art. 34, la titolarità del pubblico ministero trova la sua disciplina nell'art. 570 c.p.p. che individua gli uffici

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

legittimati a proporre l'impugnazione. Il d.lgs. n. 11 del 2018 ha inserito nel relativo comma 1 una specifica riserva; nel fare salvo quanto previsto dall'art. 593-*bis* comma 2 c.p.p., si stabilisce una più circoscritta legittimazione del procuratore generale presso la corte d'appello, condizionata, quanto alla proposizione dell'appello, ai soli casi di avocazione nonché di acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice che ha pronunciato sentenza. Resta senza limiti il suo potere di fare ricorso per cassazione.

Ente e pubblico ministero soggiacciono alle disposizioni codicistiche previste dal titolo I del libro IX, come rivisitate dalle riforme legislative citate: ci si sofferma in particolare su quelle modificate.

In tema di interesse a impugnare (art. 568 comma 4 c.p.p.), si riscontra la limitazione posta nei confronti del pubblico ministero dal d.lgs. n. 11 del 2018: ove la sua impugnativa sia preordinata a conseguire effetti favorevoli all'imputato e quindi all'ente, gli è consentito esperire il solo ricorso per cassazione (art. 568 comma 4-*bis* c.p.p.). La modifica restrittiva si collega alla contestuale riformulazione dell'art. 593 comma 1 c.p.p. riferito ai casi di appello. Nella sua nuova versione, questa norma circoscrive il potere di appello del pubblico ministero avverso le sentenze di condanna ai soli casi in cui la decisione del giudice abbia inciso sull'ipotesi accusatoria (quelle in cui abbiano modificato il titolo del reato, escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabilito una pena diversa da quella ordinaria del reato). In sostanza, mentre nell'esercizio della potestà di appellare il pubblico ministero è inteso nel suo ruolo di parte antagonista (dell'imputato), in quello di promuovere ricorso per cassazione prevale la sua funzione di vegliare all'osservanza delle leggi (art. 73 comma 1 ord. giud.) e si ammette, quindi, una impugnativa che rimedi a inosservanze di legge anche con effetti favorevoli all'imputato.

I termini per la proposizione della impugnazione (art. 585 c.p.p.) sono rimasti inalterati salvo la previsione attinente alla impugnativa del difensore dell'imputato giudicato in assenza (comma 1-*bis*), situazione non pertinente alla disciplina dell'ente. Modifiche hanno investito la presentazione dell'impugnazione: in proposito vale la regola generale (art. 582 comma 1 c.p.p.) che impone il deposito telematico (nella cancelleria del giudice del provvedimento impugnato) *ex* art. 111-*bis* c.p.p., modalità cogente per il difensore dell'ente che sia promotore dell'impugnativa. Tuttavia si ammette che le parti private presentino l'atto personalmente, anche a mezzo di incaricato (art. 582 comma 1-*bis*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

c.p.p.), modalità alternativa certamente praticabile dall'ente tramite il suo legale rappresentante.

Con riguardo all'atto di impugnazione, valgono i più impegnativi oneri di "specificità" di tutti i requisiti, prescritti dall'art. 581 c.p.p. come innovato dalla l. n. 103 del 2017, in raccordo con l'altrettanto più severo obbligo motivazionale imposto al giudice (art. 546 c.p.p., a sua volta interpolato *ex novo*). I medesimi oneri di specificità sono stati stabiliti con espresso riferimento ai motivi di appello (art. 581 comma 1-*bis* c.p.p.) dalla *riforma Cartabia*: l'innovazione ha inteso codificare il principio già affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, Galtelli) e invalso nella interpretazione della giurisprudenza, benché non tradotto normativamente dal precedente legislatore.

Un adempimento ulteriore era stato previsto a carico di parti private e difensori: si richiedeva il contestuale deposito della dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio (art. 581 comma 1-*ter* c.p.p.). La previsione è già stata abrogata dalla recentissima l. n. 114 del 2024: questo adempimento —_ unitamente alla indicazione dello specifico mandato a impugnare rilasciato dopo la pronuncia della sentenza — è stato posto in capo al solo difensore d'ufficio che abbia assistito l'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza, situazione non riscontabile con riferimento all'ente (art. 581 comma 1-*quater* c.p.p.).

Rileva semmai da segnalare che l'ente stesso è legittimato a impugnare in quanto costituito a norma dell'art. 39; peraltro, la dichiarazione o elezione di domicilio rappresentano requisiti dell'atto di costituzione (comma 2 lett. *d*). Le accennate finalità — deflative e di razionalizzazione — a base di entrambi gli interventi legislativi comportano la piena operatività di ciascun requisito, sia risalente sia sopravvenuto, nell'ambito processuale *de societate*. Da aggiungere che la loro previsione è sancita a pena di inammissibilità, puntualmente riflessa nella norma che ne regola i casi (art. 591 c.p.p.).

L'ente, in quanto parte privata assimilata all'imputato, è tenuto, inoltre, alle spese di giudizio nei casi e alle condizioni stabiliti dall'art. 592 c.p.p.

3. Impugnabilità oggettiva e mezzi di impugnazione.

Le sentenze impugnabili e i mezzi di impugnazione esperibili sono oggetto di una disciplina complessa e di non agevole esegesi. Punto di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

riferimento è la norma dell'art. 71 che distingue la situazione dell'ente da quella del pubblico ministero, differenziando ulteriormente la posizione dell'ente in relazione al tipo della sanzione irrogata.

Precisato che la norma citata si occupa, quanto all'ente, delle sole sentenze di condanna, le sue prescrizioni si sostanziano in una regola e a una deroga: la regola prevede che, se sono applicate sanzioni diverse dalle interdittive (pena pecuniaria, pubblicazione della sentenza, confisca), l'ente può proporre impugnazione nei casi e nei modi stabiliti per l'imputato del reato-presupposto. La deroga sancisce, invece, che se sono state applicate sanzioni interdittive, l'ente può sempre proporre appello anche se questo non è ammesso per l'imputato del reato-presupposto.

L'ambiguità della formulazione normativa può far pensare che il potere di appello dell'ente sia il medesimo di quello spettante *in concreto* all'imputato cui sia stato ascritto il reato da cui dipende l'illecito: stando a questa interpretazione, l'ente potrebbe appellare la sentenza di condanna per l'illecito *in tanto in quanto* l'imputato possa appellare la condanna per il reato-presupposto. La soluzione prospetta serie difficoltà applicative sia nel caso in cui si proceda nei confronti del solo ente (per prescrizione del reato o per essere ignoto l'autore, vale a dire nelle situazioni di cui all'art. 8) sia nelle ipotesi in cui, avviato il *simultaneus processus*, si attui la separazione di procedimenti per effetto delle diverse opzioni processuali compiute dell'ente o dell'imputato. Come è evidente, nel primo caso, viene meno il parametro di riferimento e, nel secondo, la possibilità dell'ente di proporre appello subirebbe impropri condizionamenti: nello specifico ed esemplificando, l'ente potrebbe essere pregiudicato dalla scelta autonoma dell'imputato di un rito alternativo che contempla limiti alla appellabilità della condanna; viceversa, ove tale fosse stata la sua scelta autonoma, potrebbe essere favorito dalla appellabilità della sentenza di condanna pronunciata in esito al rito ordinario nei confronti dell'imputato e a questo consentita.

Il regime, diverso e distinto, delle impugnazioni avverso le sentenze di condanna pronunciate nell'ambito dei riti alternativi, in realtà, non può incidere sulla disciplina di cui all'art. 71 né interferire con le disposizioni ivi stabilite (Gallucci): questa disciplina attiene alla appellabilità delle sentenze emesse in esito al dibattimento e perciò il suo ambito operativo è riferito al procedimento cumulativo a carico dell'ente e dell'imputato nonché al procedimento intrapreso nei confronti del solo ente, ma entrambi nelle forme del rito ordinario.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Nonostante la sua scarsa chiarezza, la previsione dell'art. 71 va intesa come espressione del principio di estensione all'ente delle prerogative riconosciute all'imputato (art. 35) anche relativamente al regime dell'appello esperibile avverso le sentenze di condanna. In sostanza, l'assimilazione dell'ente all'imputato comporta che l'ente stesso può appellare *come se fosse un imputato,* secondo la disciplina stabilita in *astratto* dall'art. 593 c.p.p.: la regola vuole che, a fronte di una sentenza di accertamento della sua responsabilità, l'ente fruisca degli stessi mezzi di impugnazione spettanti all'imputato a fronte di una sentenza di sua condanna.

La deroga di cui all'art. 71 comma 2 trova spiegazione nei limiti all'appello sanciti dal comma 3 dell'art. 593 c.p.p. (GALLUCCI): stando a questa disposizione, l'appello dell'imputato è precluso nel caso di condanna alla pena dell'ammenda, sanzione prevista — da sola o in alternativa a quella dell'arresto — per le contravvenzioni; se la sentenza ha applicato solamente l'ammenda, la tenuità della punizione sta a fondamento della esclusione dell'appello.

Si è fatto riferimento alla formulazione dell'art. 593 comma 3 c.p.p. prevista all'epoca del varo del d.lgs. n. 231 del 2001; la recente *riforma Cartabia* ha aggiunto un'ulteriore limitazione: l'appello dell'imputato è escluso anche nei confronti della sentenza di condanna alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. La nuova preclusione si collega alla riforma del sistema sanzionatorio attuata dalla *riforma Cartabia* contestualmente alla riforma del processo penale. Allo scopo di ridurre il ricorso alla pena detentiva, si ammette l'applicazione in sua sostituzione di sanzioni più miti — già contemplate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 — configurate come vere e proprie pene (sostitutive) e perciò annoverate nel codice penale (art. 20-*bis* c.p.). Tra queste, che si caratterizzano in generale per minore severità, il lavoro di pubblica utilità rappresenta la punizione più lieve così da giustificare, come per l'ammenda, la preclusione alla appellabilità.

Nel caso in cui si proceda per un illecito dipendente da un reato contravvenzionale, all'ente ritenuto responsabile possono comunque essere irrogate sanzioni interdittive, di elevata incidenza sulla sua attività. La gravità della sanzione non può più giustificare l'impedimento all'appello e per questa ragione la posizione dell'ente è stata scollegata da quella dell'imputato: in tal caso, (condanna a sanzione interdittiva), si ammette sempre il suo potere di proporre appello anche se ciò non è consentito all'imputato in quanto condannato alla pena della ammenda. La maggiore ampiezza dell'impugnativa riconosciuta

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

all'ente non crea disparità di trattamento poiché, nell'ambito di un processo cumulativo, l'eventuale ricorso per cassazione proposto dall'imputato si converte in appello in applicazione dell'art. 580 c.p.p. (RELAZIONE).

Così interpretata, la disciplina destinata all'ente non incontra ostacoli operativi né per il fatto che si proceda solo nei suoi confronti (art. 8) né per la circostanza che il processo cumulativo si concluda con l'assoluzione (ad es. per non aver commesso il fatto) o il proscioglimento (ad es. per prescrizione) dell'imputato e la condanna dell'ente: anche in questo caso ciò che conta sono le disposizioni dell'art. 593 c.p.p. e non la situazione concreta in cui si trova l'imputato del reato-presupposto.

Da osservare che, benché si sia previsto l'appello avverso le sole sentenze di condanna, quello nei confronti delle sentenze di assoluzione e di proscioglimento non può dirsi implicitamente escluso: per questo tipo di sentenze non occorreva dettare disposizioni specifiche poiché l'assimilazione dell'ente all'imputato può operare senza eccezioni e, del resto, l'esperibilità dell'appello si ricava dalla norma generale di raccordo dell'art. 34; naturalmente è necessario che sussista l'interesse in concreto dell'ente a impugnare. A parte sta la sentenza di proscioglimento dell'ente cui faccia seguito l'applicazione della confisca: si tratta della ipotesi contemplata dall'art. 6 comma 5 in relazione alla quale, data la connotazione comunque sanzionatoria della ablazione del profitto del reato imposta all'ente, è difficile negare il suo interesse a proporre impugnativa (CERESA-GASTALDO).

La soluzione esegetica indicata per l'ente deve essere seguita pure a proposito del pubblico ministero il quale, contro la sentenza che riguarda l'illecito amministrativo, può proporre le stesse impugnazioni consentite per il reato-presupposto (art. 71 comma 3): in sintesi, il pubblico ministero può appellare la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente come se fosse stata pronunciata a carico di un imputato. Anche per la parte pubblica vale la disciplina che regola in astratto il suo potere di impugnativa, tuttavia, poiché il riferimento testuale e generico alla *sentenza che riguarda l'illecito amministrativo* (art. 71 comma 3) lascia intendere che il pubblico ministero può appellare sia la sentenza di condanna sia la sentenza di proscioglimento, la disciplina è quella stabilita dall'art. 593 c.p.p., rispettivamente, nel comma 1, come riformato dal d.lgs. n. 11 del 2018, e nel comma 2 — questo nella versione risultante dalla modifica operata da ultimo dalla l. n. 114 del 2024 — nonché nel comma 3.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Per effetto del recentissimo intervento legislativo citato, gli è preclusa l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'art. 550 commi 1 e 2 c.p.p., vale a dire per quelli di competenza del tribunale monocratico procedibili con citazione diretta a giudizio (art. 593 comma 2 c.p.p.). In un sistema retto dal principio di tassatività circa sia i provvedimenti impugnabili sia i titolari del diritto di impugnazione (art. 568 c.p.p.), la nuova preclusione provoca dubbi sulla persistenza della legittimazione del pubblico ministero ad appellare le sentenze di proscioglimento diverse da quelle espressamente escluse. La parte dell'art. 593 comma 2 c.p.p. che la contemplava come regola, infatti, è stata eliminata con la conseguenza che la titolarità del pubblico ministero al riguardo resta affidata a una interpretazione correttiva della giurisprudenza. Ancora da precisare il limite posto « in ogni caso » — cioè per imputato e pubblico ministero — dall'art. 593 comma 3 c.p.p. alla appellabilità delle sentenze di proscioglimento: sono quelle relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la sola "pena alternativa" del lavoro di pubblica utilità, ipotesi, questa, aggiunta dalla *riforma Cartabia*, ma sanzione non riferibile all'ente; nemmeno pare ad esso pertinente il limite rigido posto circa la pena pecuniaria perché non equivalente alla sanzione pecuniaria che nel sistema punitivo delineato per la *societas* ha portata generale – prevista cioè in relazione a tutte le fattispecie di illecito « amministrativo», differenza e connotazione che segnalano una palese incompatibilità della regola codicistica. Anche a questo riguardo, è preferibile affidarsi al principio della sussistenza di un interesse concreto e attuale dell'ente a impugnare.

Quanto alle sentenze di condanna, va osservato che al pubblico ministero è ora consentito proporre appello solo ove modifichino il titolo del reato o escludano la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscano una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (art. 593 comma 1 c.p.p.). Le nuove limitazioni, richieste da un esplicito criterio della delega (l. n. 103 del 2017, art. 1 comma 84 lett. *h*), operano inevitabilmente anche nel contesto *de societate*: a loro giustificazione si è addotta la considerazione che, a fronte di una sentenza di condanna, la pretesa del titolare dell'azione penale risulta comunque soddisfatta, situazione e valutazione riscontrabili pure ove la condanna riguardi l'ente senza che vi si oppongano riserve di compatibilità.

Ente e pubblico ministero possono proporre ricorso per cassazione: pur mancando statuizioni espresse nel d.lgs. n. 231 del 2001 la

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

conclusione è imposta dal principio di cui all'art. 111 comma 7 Cost. nondimeno la relativa posizione ha ricevuto una articolazione differente dalla l. n. 103 del 2017: mentre per l'imputato l'accesso al giudizio di legittimità non incontra limiti, per il pubblico ministero si prevede che il ricorso per cassazione avverso la sentenza del giudice dell'appello di conferma del proscioglimento (c.d. doppia conforme) può essere proposto per i soli motivi dei cui alle lettere *a*, *b* e *c* dell'art. 606 c.p.p. (art. 608 comma 1-*bis* c.p.p.). E, come specificato in precedenza, per il titolare dell'accusa, il ricorso per cassazione resta l'unica impugnativa diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato (v., *supra*, § 2). Anche il ricorso *per saltum* secondo le prescrizioni dell'art. 569 c.p.p., deve ritenersi applicabile per effetto del rinvio generale stabilito dall'art. 34.

4. L'estensione dell'impugnazione.

Si è già precisato che l'esigenza di evitare l'eventuale insorgere di un contrasto di giudicati tra l'accertamento penale e quello relativo all'illecito amministrativo dipendente dal reato (*contrasto eterogeneo*) ha fornito una delle direttive seguite dal legislatore nel regolamentare il settore delle impugnazioni (sezione VIII). A questa finalità è ispirata la disposizione secondo la quale le impugnazioni proposte dall'imputato del reato-presupposto e dall'ente giovano, rispettivamente, all'ente e all'imputato, purché non fondate su motivi esclusivamente personali (art. 72). La previsione riproduce nel contesto processuale per l'ente il principio della estensione degli effetti favorevoli della impugnazione sancito dall'art. 587 c.p.p. Il caso regolato è quello della sentenza che, pronunciata nell'ambito del processo cumulativo nei confronti dell'imputato e dell'ente, sia impugnata da uno solo di essi.

Il presupposto dell'operatività della estensione è duplice: da un lato, l'unitarietà della decisione di primo grado che riflette l'unitarietà dell'accertamento — attinente, appunto, sia al fatto di reato ascritto all'imputato sia all'illecito amministrativo addebitato all'ente —; d'altro lato, le diverse scelte compiute (da imputato e ente) circa la sua impugnazione che impediscono l'eguale trattazione unitaria in secondo grado. Il rischio di decisioni contrastanti è risolto dalla estensione degli effetti favorevoli della decisione di secondo grado nei confronti del soggetto non impugnante (Belluta).

L'area applicativa della norma dell'art. 72 non comprende, pertanto, contrasti di decisioni determinati dalle diverse scelte processuali dell'ente e dell'imputato, ad esempio tra la sentenza di assoluzione

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'ente adottata nel rito ordinario, ma riformata in senso sfavorevole in appello, e quella di assoluzione dell'imputato pronunciata nei riti speciali: il rimedio per queste situazioni è offerto dalla revisione, mezzo straordinario di impugnazione previsto dall'art. 73 (v., *infra,* § 5).

L'estensione degli effetti favorevoli è subordinata alla condizione che l'impugnazione proposta non sia fondata su motivi esclusivamente personali. Per stabilire la natura *non personale* dei motivi occorre tenere presente che reato e illecito non sono fattispecie coincidenti anche se originati dalla medesima condotta: in linea generale possono dirsi non personali motivi che, incidendo sulla configurabilità del fatto di reato, coinvolgono sia la responsabilità dell'imputato e sia la responsabilità dell'ente.

Quanto all'appello proposto dall'*imputato*, sono idonei a provocare l'effetto estensivo motivi riferiti alla sussistenza del fatto di reato, a una modifica del titolo del reato nel senso tanto di proporre una diversa e più favorevole qualificazione giuridica quanto di escluderlo dal novero di quelli presupposto, mentre motivi relativi alla entità e alla specie della pena inflitta, alla prescrizione del reato per cause diverse dall'amnistia (art. 8), in quanto personali, non determinano effetti favorevoli all'ente. A proposito dell'appello proposto dall'*ente*, l'effetto estensivo discende da motivi che, a loro volta, mettono in discussione sussistenza, gravità e qualificazione giuridica del reato-presupposto, mentre non si produce in presenza di motivi riguardanti l'imputazione dell'illecito all'ente stesso, la tipologia e l'entità della sanzione irrogata (Paolozzi).

La regola del *simultaneus processus* per il reato e per l'illecito (art. 38) comporta, inoltre, che anche violazioni delle norme processuali possono integrare motivi non personali di impugnazione — da chiunque (ente/imputato) proposta — cui si collega l'effetto estensivo della decisione favorevole.

Poiché il soggetto non impugnante ha diritto di partecipare al giudizio di secondo grado, deve esserne disposta la citazione a norma dell'art. 601 c.p.p. Da ricordare che la sua scelta in tal senso, lo espone alla condanna alle spese del procedimento, in solido con chi ha proposto l'impugnazione se questa sia rigettata o dichiarata inammissibile (art. 592 comma 2 c.p.p.); non più, invece, al rischio di una *reformatio in peius,* della decisione da lui non impugnata, come effetto dell'appello incidentale del pubblico ministero, istituto rimosso — e conservato in capo al solo imputato — dal d.lgs. n. 11 del 2018.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

5. La revisione.

Anche la particolare ipotesi di revisione contemplata dall'art. 73 è stata prevista allo scopo di evitare contrasti di giudicati tra l'accertamento relativo al reato-presupposto e quello circa l'illecito amministrativo dipendente (*contrasto eterogeneo*) con palese riferimento alla ipotesi di trattazione non unitaria delle regiudicande. Si tratta di un caso particolare introdotto per rispondere a questa specifica finalità e relativo ai rapporti, per così dire, interni tra il giudicato riferito all'ente e quello attinente all'imputato: pertanto, ove il contrasto riguardi più decisioni pronunciate a carico dell'ente, opererà la disciplina ordinaria dei casi di revisione di cui all'art. 630 c.p.p. secondo il richiamo generale dell'art. 34 (Gallucci).

La norma dell'art. 73 ammette l'impugnazione straordinaria avverso « le *sentenze* pronunciate nei confronti dell'*ente* »: due le puntualizzazioni da svolgere. Anzitutto, la ragione giustificativa di questa ipotesi di revisione — evitare il contrasto di giudicati tra i due accertamenti — porta a ritenere che oggetto di revisione sia la sentenza di condanna in ogni caso, vale a dire anche quella a carico dell'imputato se in contrasto con la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente. In sostanza, sia l'ente sia l'imputato sono legittimati a promuovere la revisione della propria condanna. In secondo luogo, benché non indicati, anche il decreto che applica la sanzione pecuniaria (art. 64) e la sentenza di applicazione della sanzione su richiesta (art. 63) sono suscettibili di revisione come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 10 febbraio 2023, n. 10143, in motivazione): è quanto si ricava dal rinvio che l'art. 73 opera alla disciplina codicistica corrispondente (le disposizioni del titolo IV del libro nono), e pertanto, anche alla statuizione dell'art. 629 c.p.p. che espressamente contempla, oltre alla sentenza, il decreto penale di condanna e la sentenza emessa a norma dell'art. 444 c.p.p., provvedimenti omologhi a quelli citati, riferiti all'ente.

La disciplina di questo "caso speciale" di revisione, come si è detto, è dettata con rinvio alle disposizioni del titolo IV del libro nono del codice di procedura penale (ad esclusione di quelle che regolano la riparazione dell'errore giudiziario) da applicare in quanto compatibili. La verifica di compatibilità delle norme richiamate deve muovere dalla finalità attribuita alla impugnazione straordinaria di cui all'art. 73, volta appunto a rimediare al contrasto tra l'accertamento circa il reato e quello circa l'illecito amministrativo, frutto di trattazione non unitaria:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

è evidente che il suo presupposto è costituito dalla presenza di un giudicato di condanna inconciliabile con uno assolutorio. La situazione è riconducibile alla sola ipotesi dell'art. 630 lett. *a* c.p.p. che ammette la revisione nel caso in cui i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile. Per poter applicare questa norma alla revisione prevista dall'art. 73 occorre, da un lato, specificare che cosa si intende per "inconciliabilità dei fatti", dall'altro, tenere presente che la responsabilità dell'ente deriva dall'accertamento relativo non solo al reato-presupposto, ma anche ai criteri di imputazione dell'illecito.

La questione si risolve ricordando che, secondo l'orientamento consolidato di dottrina e giurisprudenza, l'inconciliabilità non è di tipo logico, non riguarda cioè le diverse valutazioni effettuate nelle due decisioni, ma deve attenere alla diversa ricostruzione dei fatti a fondamento dei giudicati contrastanti (Cass. 10 febbraio 2023, n. 10143, in motivazione). Ne deriva che l'ambito operativo di questa revisione "speciale" è necessariamente riferito alla base comune delle due decisioni cioè a dire proprio all'accertamento del fatto il quale integra il reato contestato all'imputato e dal quale dipende l'illecito amministrativo addebitato all'ente: ente e imputato possono chiedere la revisione (ciascuno della propria condanna) quando la ricostruzione del fatto di reato su cui si fonda la condanna dell'uno non si concilia con la ricostruzione del fatto di reato che è stata posta a base della assoluzione dell'altro.

Ne derivano due ulteriori conseguenze. Anzitutto, si deve ritenere ammessa la revisione della condanna, tanto dell'ente tanto dell'imputato, a fronte di un proscioglimento per insussistenza del fatto pronunciato a norma dell'art. 129 c.p.p. in sede di controllo sulla richiesta sia di "patteggiamento" (*ex* art. 444 c.p.p. quanto all'imputato e *ex* art. 63 quanto all'ente) sia di procedimento di decreto (*ex* art. 459 c.p.p. quanto all'imputato; *ex* art. 64 quanto all'ente). In secondo luogo, è inevitabile riconoscere un limite alla sua esperibilità da parte di entrambi: l'imputato non potrebbe chiedere la revisione della sua condanna se, accertata la sussistenza del fatto di reato, l'ente sia stato assolto perché riscontrata l'insussistenza dell'interesse o vantaggio derivante dal reato stesso, vale a dire per difetto dei criteri di imputazione dell'illecito. Alla stessa stregua, l'ente non potrebbe giovarsi, al fine di esperire la revisione, della sentenza di assoluzione della persona fisica per causa diversa dalla rilevata insussistenza del reato-presupposto; così

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

anche nel caso in cui la pronuncia assolutoria sia dovuta alla ritenuta estraneità della persona fisica alla commissione del reato, situazione riconducibile alla mancata identificazione dell'autore del reato stesso che, a norma dell'art. 8, non incide sulla responsabilità dell'ente (Cass. 10 febbraio 2023, n. 10143).

Quanto alla procedura di revisione, trovano applicazione le regole codicistiche richiamate: la richiesta è proposta personalmente (se si tratta dell'ente, dal suo rappresentante legale e previa costituzione *ex* art. 39) o per mezzo di procuratore speciale; la competenza funzionale è della corte d'appello individuata a norma dell'art. 633 c.p.p. cui spetta il controllo sulla ammissibilità della richiesta; nel giudizio di revisione si osservano le disposizioni del giudizio di primo grado (art. 636 c.p.p.); la sentenza di accoglimento della richiesta, ove riferita all'ente, assume le forme prescritte dagli artt. 66 e 67.

Per espressa previsione normativa è esclusa l'applicazione delle norme dagli artt. 643-647 c.p.p. che disciplinano l'istituto della riparazione dell'errore giudiziario accertato con la revisione della sentenza di condanna. La Relazione ha giustificato questa esclusione osservando che l'istituto presuppone la natura penale della condanna e, per lo più, l'espiazione senza giusto titolo di una pena detentiva o di una misura di sicurezza: la scelta legislativa non appare condivisibile se, da un lato, si considera la rilevante incidenza delle sanzioni (specie quelle interdittive) sulla stessa vita dell'ente — incidenza non dissimile da quella implicata dalle limitazioni alla libertà personale della persona fisica — e, dall'altro, si tiene presente che la finalità dell'istituto è proprio la riparazione degli *effetti* negativi derivanti da una punizione *ingiusta*, quale quella derivante da una sentenza di condanna rimossa, appunto, tramite la revisione.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO VENTIDUESIMO

L'ESECUZIONE

SOMMARIO: 1. Lineamenti generali. — 2. Il giudice competente e le procedure. — 3. L'esecuzione delle sanzioni pecuniarie. — 4. L'esecuzione delle sanzioni interdittive e il meccanismo della loro conversione. — 5. La nomina del commissario giudiziale. — 6. L'esecuzione della pubblicazione della sentenza di condanna. — 7. L'anagrafe delle sanzioni amministrative; il regime delle iscrizioni e delle eliminazioni. — 8. I certificati e la garanzia giurisdizionale.

1. Lineamenti generali.

La fase esecutiva è preordinata alla attuazione del comando contenuto nella sentenza, divenuta irrevocabile, di applicazione della sanzione all'ente, una volta accertatane la responsabilità in ordine all'illecito amministrativo.

La sua regolamentazione ripropone, nel contesto del processo *de societate*, la corrispondente disciplina codicistica con gli adattamenti richiesti dalla particolare fisionomia del destinatario della sanzione (la persona giuridica) e dalle caratteristiche del sistema sanzionatorio configurato per l'ente. A stabilire queste varianti provvedono, infatti, le disposizioni dettate espressamente e, in particolare, quelle che individuano le modalità di esecuzione delle "nuove" sanzioni contemplate per l'ente; per il resto devono ritenersi operanti le norme codicistiche in quanto applicabili (art. 34). Benché taluno dubiti della sua natura propriamente penale e preferisca definirla quale « modello 'speciale' di esecuzione penale » (DEAN), è certo che anche la fase esecutiva delineata per l'ente presenta i medesimi connotati di giurisdizionalità tipici della fase esecutiva rivolta alla persona fisica e disciplinata dal codice di rito. In questo senso, d'altra parte, deponeva la direttiva generale della l. delega (l. n. 300 del 2000, art. 11 lett. *q*) chiara nel prescrivere l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa dell'ente nelle *diverse fasi* del procedimento.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Apprestare una concreta tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva della condanna e assicurare rapidità ed efficacia alla esecuzione delle sanzioni costituiscono del resto le due esigenze cui intendono rispondere le specifiche regole previste dal legislatore delegato (RELAZIONE). Ma le accennate peculiarità sia del "condannato" sia del sistema sanzionatorio hanno suggerito di prendere in considerazione, da un lato, la possibilità che, alla sentenza, sopravvengano eventi modificativi dell'ente o dell'oggetto della sanzione interdittiva tali da impedirne l'esecuzione e, dall'altro, la necessità di incentivare l'ente alla attuazione di quelle condotte riparatorie (art. 17) che segnalano il suo recupero alla legalità, scopo precipuo della complessiva disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001. Ciò spiega perché al giudice dell'esecuzione siano attribuiti anche poteri di adeguamento della sanzione alla situazione concreta in cui versa l'ente, poteri non dissimili da quelli che, in relazione al condannato persona fisica, esercita la magistratura di sorveglianza mediante l'applicazione di misure alternative alla pena detentiva (CANEVELLI).

2. Il giudice competente e le procedure.

L'aspirazione a unificare reato e l'illecito amministrativo in un medesimo contesto processuale (art. 38) si riscontra anche in sede esecutiva. Ne è conferma la disposizione dell'art. 74 che individua il giudice, competente a conoscere delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, tramite rinvio all'art. 665 c.p.p., rinvio che, stando alla Relazione, consente di concentrare nello stesso giudice l'esecuzione delle pene e delle sanzioni per illeciti dipendenti da reato « irrogate contestualmente ». La norma, in realtà, ha un ambito applicativo più ampio venendo in gioco — oltre che nel caso di *simultaneus processus* a carico dell'imputato e dell'ente — tanto nella ipotesi di instaurazione del procedimento nei confronti del solo ente, tanto nell'evenienza di una trattazione disgiunta (per il reato e per l'illecito dipendente) per effetto del regime della separazione delle regiudicande (art. 38).

In relazione a queste due ultime situazioni non avrà luogo l'ipotizzata concentrazione nello stesso giudice, mentre potrà accadere che la competenza circa l'esecuzione della sanzione amministrativa si radichi in capo a un giudice geograficamente distante dal luogo sede dell'ente condannato, dal momento che l'accertamento dell'illecito segue le regole della competenza territoriale stabilite per il reato-presupposto. La soluzione legislativa si presta, perciò, a più di una

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

riserva specie ove si consideri che taluni dei compiti affidati al giudice della esecuzione postulano, come si vedrà, una necessaria contiguità territoriale tra l'ufficio giudiziario e l'ente destinatario della sanzione (DEAN).

Premesso che l'*incipit* della fase esecutiva è segnato dalla irrevocabilità della sentenza di condanna secondo le statuizioni dell'art. 648 c.p.p. e che l'impulso spetta al pubblico ministero, titolare dell'azione esecutiva, il giudice competente va quindi individuato in applicazione delle prescrizioni dell'art. 665 c.p.p.: più in particolare, si tratta, di regola, del giudice che ha deliberato il provvedimento da eseguire (comma 1), ma operano le variazioni imposte dalla sua eventuale impugnazione e dall'esito del giudizio di secondo grado (comma 2) e del ricorso per cassazione (comma 3). Inoltre, a fronte di provvedimenti emessi da giudici diversi, vale il criterio cronologico che affida la competenza al giudice del provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo, salva restando in ogni caso la competenza del giudice ordinario rispetto al giudice speciale (comma 4) e tra tribunale collegiale e tribunale monocratico è il primo a prevalere (comma 4-*bis*). Dalla individuazione del giudice competente discende in via derivata quella del pubblico ministero (art. 655 c.p.p.), necessario promotore, come già precisato, della fase esecutiva.

L'area della competenza, funzionale e quindi inderogabile, del giudice, non è solamente quella stabilita dalla disposizione dell'art. 74: la norma la riferisce, anzitutto, alla « esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato » e, inoltre, la specifica in una serie di provvedimenti di stretta attinenza alla posizione dell'ente raggiunto dalla sentenza di condanna. La prima indicazione legislativa — come afferma la Relazione — va completata (art. 34) con le attribuzioni comunque riconosciute al giudice dell'esecuzione e include certamente quelle relative al conflitto pratico di giudicati (art. 669 c.p.p.) e alle questioni sul titolo esecutivo (art. 670 c.p.p.).

Le ulteriori competenze riguardano: *a*) la cessazione dell'esecuzione delle sanzioni in caso di abrogazione dell'illecito amministrativo o del reato-presupposto; *b*) la cessazione dell'esecuzione delle sanzioni nell'ipotesi di estinzione del reato per amnistia, intervenuta dopo l'irrevocabilità della sentenza a carico dell'ente; *c*) la determinazione della sanzione da applicare nel caso di pluralità di illeciti (art. 21); *d*) la confisca e la restituzione delle cose sequestrate. A queste si aggiunge il potere di autorizzare l'ente sottoposto alla sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività (art. 9 comma 2 lett. *a*) a compiere atti di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

gestione ordinaria, competenza da annoverare tra quelle che richiederebbero un collegamento territoriale tra giudice dell'esecuzione ed ente. Neppure tale elencazione può considerarsi esaustiva o tassativa: in questo senso si è pronunciata la giurisprudenza di legittimità, la quale ha rilevato che le attribuzioni del giudice dell'esecuzione in materia di responsabilità degli enti « sono d'ordine generale, del tutto sovrapponibili a quelle del giudice dell'esecuzione in materia strettamente penale » (Cass. 15 maggio 2019, n. 35722).

Anche le procedure da seguire sono mutuate (*ex* art. 74 commi 3 e 4) dal codice di rito tramite un rimando alle disposizioni dell'art. 666 c.p.p. e dell'art. 667 comma 4 c.p.p. che regolano due diversi tipi di procedimento di esecuzione, rispettivamente, l'uno ordinario e l'altro semplificato. Il primo — che si svolge in forma camerale con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore e consente attività di acquisizione probatoria — è di portata generale; il secondo è ammesso in casi da ritenersi tassativi poiché dà vita a un intervento *de plano* del giudice dell'esecuzione, anche se l'opposizione alla sua decisione instaura la procedura camerale *ex* art. 666 c.p.p. in tal modo garantendo, in via differita, il contraddittorio. Il procedimento semplificato è previsto in quattro casi espressamente indicati: si tratta delle decisioni circa la cessazione della esecuzione della sanzione per sopravvenuta amnistia, la confisca e la restituzione delle cose sequestrate (entrambe *ex* art. 74 comma 3), l'autorizzazione ad atti di gestione ordinaria (art. 74 comma 4) e la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione della attività svolta dal commissario giudiziale nominato *ex* art. 15 (art. 79 comma 3).

3. L'esecuzione delle sanzioni pecuniarie.

Contemplata in origine dall'art. 75, l'esecuzione delle sanzioni pecuniarie è ora regolata dal d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 al quale si deve l'abrogazione della norma.

La sua disciplina è, pertanto, rifluita nell'ambito del regime ordinario per la riscossione delle somme di natura giudiziaria. Si prevede, in prima battuta, che entro un mese dalla irrevocabilità della sentenza, l'ufficio incaricato della gestione delle attività inerenti alla riscossione — si tratta dell'ufficio presso il giudice, diverso dalla Corte di cassazione, il cui provvedimento è passato in giudicato o presso il magistrato di sorveglianza il cui provvedimento è diventato esecutivo — notifichi all'ente l'invito al pagamento di quanto dovuto, con espressa avver-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

tenza che il mancato adempimento nei termini comporta l'iscrizione a ruolo (art. 212 d.P.R. n. 115 del 2002); e, infatti, decorso inutilmente il termine per il pagamento, l'ufficio provvede alla riscossione a mezzo dei ruoli esattoriali (art. 213 d.P.R. n. 115 del 2002). Non si è trascurato di stabilire particolari soluzioni per il caso di *temporanea* situazione di difficoltà ad adempiere: si riconosce all'ente la facoltà di chiedere e all'ufficio di disporre la rateizzazione della somma dovuta fino a un massimo di sessanta rate mensili o anche la sospensione per un anno della riscossione, e successivamente, di suddividere il pagamento entro un massimo di quarantotto rate mensili (art. 240 d.P.R. n. 115 del 2002 che rinvia all'art. 19 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602).

L'*impossibilità* di adempiere non trova invece rimedi e, dato che la disciplina prevista per l'identica situazione in cui si trovi la persona fisica — ancor più come modificata dalla *riforma Cartabia* (l'ordine di esecuzione emesso dal pubblico ministero ove non adempiuto comporta la trasmissione degli atti al magistrato di sorveglianza ai fini della conversione della pena pecuniaria; l'accertamento della situazione di insolvibilità o della insolvenza approda, rispettivamente, nella conversione della pena pecuniaria in lavoro di pubblica utilità/ detenzione domiciliare sostitutiva ovvero in semilibertà sostitutiva/detenzione domiciliare sostitutiva: art. 660 c.p.p. e art. 103 l. 24 novembre 1981 n. 689) —, è all'evidenza incompatibile con la natura (giuridica) dell'ente, il pagamento della sanzione pecuniaria potrà essere garantito in quanto e nei limiti in cui, nell'ambito del procedimento, sia stato disposto il sequestro conservativo nei confronti dell'ente a norma dell'art. 54 (CANEVELLI).

4. L'esecuzione delle sanzioni interdittive e il meccanismo della loro conversione.

Il ruolo propulsivo del pubblico ministero costituisce un elemento essenziale anche della fase esecutiva riferita all'ente, come si ricava dalla norma generale di raccordo di cui all'art. 34, per quanto sia la sola disposizione dell'art. 77 a riconoscergli esplicitamente il potere di iniziativa con riguardo, peraltro, all'esecuzione delle sanzioni interdittive: questa, infatti, è affidata al pubblico ministero cui spetta notificare all'ente, secondo le forme dell'art. 43, l'estratto della sentenza che ha disposto la loro applicazione. La previsione deroga alla norma dell'art. 664 comma 4 c.p.p. secondo cui, per l'esecuzione delle sanzioni conseguenti a violazioni amministrative accertate nel processo penale, il pubblico ministero trasmette l'estratto della sentenza all'autorità am-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ministrativa competente. La particolare natura dell'ente e l'incisività delle sanzioni interdittive hanno consigliato una disciplina analoga a quella stabilita per l'esecuzione delle pene detentive nei confronti della persona fisica (art. 656 c.p.p.) senza che ciò valga a disconoscere in via generale il necessario impulso del pubblico ministero alla esecuzione delle sanzioni.

Come specifica la Relazione, la notificazione dell'estratto della sentenza è, di per sé, sufficiente a dare esecuzione alle sanzioni interdittive poiché determina la conoscenza legale degli obblighi e dei divieti derivanti all'ente; la loro violazione integra le fattispecie di reato e di illecito dipendente di cui all'art. 23, pertanto, si comprende l'importanza che l'estratto della sentenza contenga tutti gli elementi idonei alla loro individuazione e, in particolare, quelli prescritti dall'art. 28 reg. esec. c.p.p., con gli opportuni adattamenti, nonché la puntuale indicazione dell'attività o delle strutture oggetto della sanzione stessa (art. 69). La notificazione produce altri effetti: segna il *dies a quo* per la decorrenza sia del termine di durata della interdizione, dalla quale va comunque scomputata la durata della cautela interdittiva eventualmente subita (art. 51 comma 4), sia del termine utile per la richiesta di conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.

È noto che il recupero dell'ente all'agire legale rappresenta l'obiettivo perseguito dalla complessiva disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001: si spiega così perché anche nella fase esecutiva sia stato ritagliato uno spazio operativo alla attuazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17, salva restando la preclusione stabilita per l'ente stabilmente utilizzato allo scopo di commettere reati (art. 16 comma 3). La norma richiamata collega a questi adempimenti l'esonero dell'ente dalla applicazione delle sanzioni interdittive, ma lo subordina alla condizione che gli stessi avvengano prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Una volta divenuta irrevocabile la sentenza di condanna, all'ente che abbia tralasciato di provvedere in tal senso è offerta una ulteriore opportunità per evitare la sanzione interdittiva sia pure con aggravio di quella pecuniaria inflitta obbligatoriamente. Si prevede, infatti, che la realizzazione tardiva delle prescrizioni di cui all'art. 17, vale a dire oltre il termine ordinario, permette all'ente di chiedere la conversione della sanzione interdittiva inflitta in sanzione pecuniaria (art. 78).

La richiesta — che deve documentare l'avvenuta esecuzione delle condotte riparatorie — va presentata al giudice dell'esecuzione entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza: in assenza di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

indicazioni di legge, il termine non può essere considerato perentorio anche per il fatto che durante il suo decorso l'esecuzione della sanzione interdittiva non è né sospesa né interrotta; del resto, anche l'attuazione delle condotte riparatorie in qualunque momento dell'esecuzione realizza il fine ultimo del recupero dell'ente alla legalità; è semmai suo interesse ottenere tempestivamente la conversione in sanzione pecuniaria così da sottrarsi agli effetti della interdizione applicata con la condanna.

La procedura per la decisione segue le regole stabilite dall'art. 666 c.p.p. (per rinvio *ex* art. 74 comma 3) con talune particolarità appositamente specificate (art. 78 comma 3). L'udienza è fissata entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta previo relativo avviso alle parti e al difensore; al giudice compete un controllo preliminare sulla richiesta e ove la ritenga non manifestamente infondata è tenuto a disporre la sospensione della esecuzione della sanzione con decreto motivato revocabile, al fine di evitare pregiudizi all'ente; la decisione sul merito è adottata in esito alla udienza camerale con intervento necessario del pubblico ministero e del difensore.

L'accoglimento della richiesta produce l'effetto di convertire la sanzione interdittiva in pecuniaria, che si aggiunge a quella inflitta nella sentenza di condanna. La determinazione del suo ammontare incontra un vincolo e segue criteri fissati *ex lege*: anzitutto, la somma risultante non può essere inferiore a quella già applicata in sentenza né superiore al doppio della stessa; la valutazione della gravità dell'illecito — quale accertato dal giudice della cognizione e risultante dalla sentenza — e quella delle ragioni che hanno determinato il tardivo adempimento delle condizioni *ex* art. 17 costituiscono i parametri guida cui deve attenersi il giudice. Il rigetto della richiesta non preclude ulteriori iniziative dell'ente, stante come si è osservato la natura non perentoria del termine entro cui la stessa può essere presentata. Avverso entrambe le decisioni — accoglimento e conseguente conversione/rigetto e persistenza della sanzione interdittiva — è ammesso il ricorso per cassazione, ma la sua proposizione non ha effetto sospensivo salva diversa disposizione del giudice (art. 666 comma 7 c.p.p.).

La conversione della sanzione interdittiva in pecuniaria costituisce, come si è rilevato, l'ultima *chance* a disposizione dell'ente cui sia stato addebitato l'illecito amministrativo dipendente da reato e conseguentemente condannato; rappresenta, inoltre, l'espediente escogitato per mitigare il rigore della regola secondo la quale la sentenza pronunciata a carico dell'ente originariamente responsabile, ove sopravvengano sue

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

modificazioni, ha comunque effetto anche nei confronti dell'ente risultante (art. 70 comma 2). Anche l'ente risultante dalla fusione o dalla scissione intervenuta prima della conclusione del giudizio ha la possibilità, integrando le condotte di cui all'art. 17, di evitare le sanzioni interdittive: se le condizioni di cui all'art. 17 sono soddisfatte prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, potrà evitarne proprio l'irrogazione; successivamente a tale momento e durante il giudizio di cognizione potrà chiederne la sostituzione con la sanzione pecuniaria ad opera del giudice che pronuncia la sentenza di condanna (art. 31 comma 2). Ove la fusione o la scissione sia intervenuta dopo la conclusione del giudizio, vale a dire in fase esecutiva della sanzione interdittiva inflitta all'ente originario, l'ente risultante può fruire del meccanismo previsto dall'art. 78 chiedendo al giudice della esecuzione la sostituzione della interdittiva in pecuniaria alle medesime condizioni stabilite per l'ente originario.

5. La nomina del commissario giudiziale.

Come sappiamo, il giudice della cognizione, in sede di condanna, in luogo della applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività, dispone il commissariamento dell'ente in presenza di almeno una delle condizioni previste dall'art. 15 comma 1 lett. *a* (se l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica utilità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività), lett. *b* (quando l'interruzione dell'attività può provocare, tenuto conto delle dimensioni dell'ente e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione) e lett. b-*bis* (se l'attività è svolta in stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale ai sensi dell'art. 1 d.l. 3 dicembre 2012 n. 2017 convertito dalla l. 24 dicembre 2012 n. 231) con indicazione dei compiti e poteri del commissario e tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito (art. 15 comma 2).

Alla sua nomina provvede, invece, il giudice dell'esecuzione — su richiesta del pubblico ministero e senza formalità — cui spetta il controllo sulla gestione dell'ente demandata al commissario giudiziale, controllo il cui espletamento richiederebbe quella contiguità territoriale tra giudice ed ente che è stata sacrificata alla regola della concentrazione della competenza per l'esecuzione delle sanzioni amministrative in capo allo stesso giudice competente per l'esecuzione della pena (art. 74 comma 1) (v., *supra*, § 2).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Difatti, il commissario giudiziale deve riferire ogni tre mesi sia al giudice dell'esecuzione sia al pubblico ministero sull'andamento della gestione, necessariamente attinente al settore di attività indicata dal giudice della condanna; analogo rendiconto, ma unicamente al giudice dell'esecuzione, deve essere effettuato una volta terminato l'incarico (vale a dire, esaurita la durata del commissariamento, coincidente con la durata della sanzione interdittiva sostituita) e relativamente non solo alle attività di gestione svolte, ma anche alle modalità con le quali sono stati attuati i modelli organizzativi dell'ente; suo compito, inoltre, è indicare l'entità del profitto da sottoporre a confisca. Benché manchino previsioni specifiche, si deve ritenere che rientri nella generale funzione di controllo del giudice il potere di disporre la sostituzione e la revoca del commissario giudiziale per il caso di inadempimento o di non corretto adempimento dei compiti affidatigli: in questo senso si giustifica il suo obbligo di relazione trimestrale al pubblico ministero abilitato, in tali situazioni, a provocare l'intervento del giudice promuovendo il procedimento *ex* art. 666 c.p.p. (BASSI-EPIDENDIO).

Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività svolta per il tramite del commissario è confiscato (art. 15 comma 4): *ratio* della previsione è quella di evitare che l'ente si avvantaggi dalla sostituzione della sanzione interdittiva, disposta a tutela di interessi terzi, incamerando un profitto che l'interruzione della sua attività non gli avrebbe permesso di conseguire; poiché peraltro si tratta di profitto da attività lecita, correttamente si afferma che il profitto confiscabile è il solo utile netto derivante dalla gestione commissariale, in sostanza con detrazione dei costi comunque sostenuti dall'ente (MUCCIARELLI; G.i.p. Trib. Napoli 10 ottobre 2007).

All'ente fanno carico le spese relative all'attività svolta dal commissario giudiziale e il suo compenso: alle prime sono riconducibili gli investimenti di risorse necessarie sia per adottare e implementare un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi sia per realizzare gli interventi ritenuti appropriati dal commissario nell'ambito dei suoi compiti e poteri; quanto al compenso, pur in assenza di previsioni, è inevitabile che sia il giudice dell'esecuzione a stabilirne l'ammontare data la sua generale competenza su tutto ciò che si riferisce all'istituto del commissario giudiziale in sede esecutiva (VIZZARDI).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

6. L'esecuzione della pubblicazione della sentenza di condanna.

La pubblicazione della sentenza di condanna è sanzione che il giudice può discrezionalmente disporre in aggiunta alla sanzione interdittiva applicata, così da potenziarne l'efficacia afflittiva (art. 18). Competente a conoscere anche della esecuzione di questa sanzione "accessoria" è il giudice della fase esecutiva e le modalità da seguire si ricavano dalla lettura combinata dell'art. 18 e dell'art. 76.

La prima disposizione stabilisce che la pubblicazione della sentenza avviene a norma dell'art. 36 c.p. nonché mediante affissione nel comune ove l'ente ha sede e specifica che essa è eseguita a cura della cancelleria del giudice con spese a carico dell'ente stesso. Sulla norma richiamata hanno inciso, dapprima, la l. 18 giugno 2009 n. 69 (art. 67) e la l. 23 dicembre 2009 n. 191 (art. 2 commi 216-218) prevedendo che la pubblicazione della sentenza deve avvenire, oltre che nella forma tradizionale della pubblicazione sui giornali ivi contemplata, anche nel sito internet del Ministero di giustizia, per estratto a meno di diversa disposizione del giudice; da ultimo, il d.l. 6 luglio 2011 n. 98 conv. dalla l. 15 luglio 2011 n. 111 che ha soppresso — in generale — il riferimento alla pubblicazione sulla stampa periodica (art. 37 comma 18), mantenuto solamente per i casi previsti da leggi speciali.

L'innovazione più recente si raccorda con la previsione dell'art. 4 d.P.R. n. 115 del 2002 che addossa l'anticipazione delle spese per la pubblicazione della sentenza di condanna allo Stato (fermo il suo diritto di rivalsa nei confronti del condannato) salve talune eccezioni tra le quali proprio il caso in esame di pubblicazione della sentenza applicativa della condanna (art. 76): vi è sottinteso l'intento di evitare all'erario l'esborso della somma occorrente per l'acquisto dello spazio sui giornali con il rischio di non poterla ripetere per il caso di insolvenza del condannato; si tratta, in sostanza, di mere ragioni di risparmio economico peraltro già soddisfatte quanto al processo *de societate*, dalla disposizione dell'art. 18 che pone a carico dell'ente le spese di questo tipo di pubblicazione, confermata dal citato art. 4 d.P.R. n. 115 del 2002. L'abrogazione in generale della pubblicazione della sentenza di condanna sulla stampa è presumibilmente conveniente per le casse dello Stato, ma in relazione al caso specifico della pubblicazione a norma dell'art. 18 si risolve nella vanificazione della efficacia affittiva della condanna — destinata alla sola conoscenza di chi si premura di consultare il sito ministeriale — e in un significativo risparmio economico per l'ente stesso.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Alle statuizioni appena indicate si affianca la norma dell'art. 76 che impone l'osservanza delle disposizioni dell'art. 694 commi 2, 3 e 4 c.p.p. le quali, precisato che la pubblicazione deve essere richiesta dal pubblico ministero o dal condannato, regolano le attività materiali circa l'inserzione della sentenza nei giornali e determinano, per il caso di mancata o irregolare pubblicazione, responsabilità e sanzioni a carico del direttore o vicedirettore, in solido con editore e proprietario del giornale. Una volta venuta meno la modalità di pubblicazione sulla stampa periodica, si deve ritenere che la previsione dell'art. 694 c.p.p. valga quanto all'impulso per quella nel sito internet del Ministero della giustizia, demandato a pubblico ministero e, in alternativa, all'ente condannato.

In sintesi e stando alla disciplina illustrata, l'esecuzione di questa sanzione comporta che la sentenza che applica sanzioni interdittive sia pubblicata nel sito del Ministero della giustizia cui si affianca la sua affissione nel comune sede principale dell'ente. Al pubblico ministero e all'ente condannato spetta richiederla. Resta da stabilire se sia tuttora giustificato il compito di coordinare la sua pubblicazione — in origine riferita a quella sulla stampa — e la relativa affissione, demandato alla cancelleria del giudice della esecuzione; a meno di ritenere che, in realtà, spetti proprio ad essa disporre direttamente la pubblicazione della sentenza secondo la previsione dell'art. 18 comma 3: questa avrebbe la prevalenza sulla norma — richiamata dall'art. 76 — dell'art. 694 comma 2 c.p.p. che attribuisce l'iniziativa al pubblico ministero o all'ente (GALLUCCI).

Il giudice dell'esecuzione, data la sua competenza a « conoscere delle sanzioni amministrative dipendenti da reato » (art. 74), è legittimato alla risoluzione di tutte le questioni inerenti all'*iter* della pubblicazione della sentenza di condanna.

7. L'anagrafe delle sanzioni amministrative; il regime delle iscrizioni e delle eliminazioni.

Prevista in adempimento di una precisa direttiva della l. delega (art. 11 lett. *s*), l'istituzione dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato risponde alla finalità di assicurare adeguata pubblicità alle pronunce irrevocabili di condanna emesse a carico dell'ente così da fornire all'autorità giudiziaria e alle pubbliche amministrazioni la conoscenza completa dei precedenti amministrativi da reato nonché agli interessati la possibilità di ottenere dall'ente l'attestazione della sua

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

posizione in riferimento al sistema di accertamento di tali illeciti (RELAZIONE). In origine contemplato negli artt. 80, 81 e 82, il relativo regime normativo è stato travasato nel d.P.R. 14 novembre 2002 n. 313 con conseguente abrogazione delle relative norme del d.lgs. n. 231 del 2001.

L'attuale regolamentazione non si discosta sostanzialmente da quella precedente, ma va registrata la significativa novità della istituzione dell'anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato (titolo V) a lato dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato (titolo IV) in simmetria con quanto stabilito per le persone fisiche per le quali il casellario giudiziale (titolo II) si affianca a quello dei carichi pendenti (titolo III). L'evidente razionalizzazione dell'intera disciplina non ha intaccato gli intenti originari. Anzitutto, si è confermata la collocazione dell'anagrafe presso l'ufficio centrale del casellario (insediato presso il Ministero della giustizia): data la stretta correlazione tra le procedure di accertamento del reato-presupposto e dell'illecito dipendente ne esce semplificata la comunicazione tra gli uffici rispettivamente competenti e si soddisfa l'esigenza di sfruttare strutture già esistenti evitando aggravi finanziari, come a suo tempo imposto dalla l. delega; in secondo luogo e soprattutto, si è ribadito l'inserimento di tale sistema all'interno della giurisdizione, soluzione che assicura le dovute garanzie all'ente (RELAZIONE).

La duplicazione delle sedi deputate alla pubblicità delle "vicende giudiziarie" relative all'ente comporta la corrispondente diversificazione dei provvedimenti da iscrivere nonché delle regole per la loro eliminazione. In dettaglio, al casellario dei carichi pendenti sono destinati: *a*) i provvedimenti giudiziari — da iscriversi per estratto recante i dati prescritti dall'art. 13 d.P.R. n. 313 del 2002 — con i quali viene contestato all'ente l'illecito amministrativo dipendente da reato, in sostanza quelli indicati dall'art. 407-*bis* c.p.p. richiamati dall'art. 59 (così dopo la modifica apportata dal d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 integrativo e correttivo della *riforma Cartabia*: v., *supra* , cap. XVIII, § 5). che appunto segnano l'inizio della azione nei confronti dell'ente stesso; *b*) ogni altro provvedimento giudiziario che decide sulla contestazione, emesso nelle fasi e nei gradi successivi, vale a dire quelli che definiscono le varie tappe dell'*iter* di accertamento dell'illecito, quindi dall'udienza preliminare fino al giudizio davanti alla Corte di cassazione. La loro eliminazione segue al venir meno della qualità di ente sottoposto al procedimento di accertamento dell'illecito, anche in questo caso in ragione della assimilazione dell'ente all'imputato (art.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

35): punto di riferimento sono, pertanto, le previsioni stabilite dall'art. 60 comma 2 c.p.p.

Nell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato si iscrivono, sempre per estratto recante i dati prescritti dall'art 10 d.P.R. n. 313 del 2002: *a*) i provvedimenti giudiziari definitivi — cioè irrevocabili — che applicano le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231 del 2001, inclusi, data l'ampiezza della formula legislativa, le sentenze emesse in esito al giudizio abbreviato (art. 62) e quelle di applicazione della sanzione su richiesta (art. 63) nonché i decreti di applicazione della sanzione pecuniaria (art. 64); *b*) i provvedimenti giudiziari definitivi relativi all'esecuzione delle sanzioni, con chiaro riferimento a tutte le decisioni riconducibili alla competenza del giudice dell'esecuzione comprese quelle di modificazione della sanzione inflitta all'ente (art. 78); *c*) qualsiasi altro provvedimento che concerne a norma di legge i provvedimenti già iscritti, da individuarsi *ex* art. 17 comma 1 l. 23 agosto 1988 n. 400 relativo alla attività di Governo: si tratta di una categoria "aperta" che rende difficile pronosticare per il futuro il suo contenuto (VITTORINI).

La loro eliminazione segue prescrizioni dettate tenendo presenti le possibili trasformazioni dell'ente successivamente al formarsi del giudicato e, perciò, diverge dal regime stabilito per la persona fisica che, come è noto, àncora l'eliminazione ad eventi naturali che la riguardano (sia il compimento dell'ottantesimo anno d'età sia la sua morte *ex* art. 5 d.P.R. n. 313 del 2002). Quanto all'ente, invece, conta l'avvenuta esecuzione della sanzione; più in particolare, si richiede che, a partire dal giorno della esecuzione della sanzione, sia trascorso un certo periodo di tempo, differenziato a seconda del tipo della sanzione inflitta e, quindi, della gravità dell'illecito; in particolare, cinque anni per la pecuniaria e dieci per tutte le altre sanzioni (interdittive, confisca e pubblicazione della sentenza di condanna); inoltre, che nel frattempo non sia stato *commesso* un ulteriore illecito amministrativo (art. 11 d.P.R. n. 313 del 2002).

La finalità dell'istituto è limpida: si mira a delimitare nel tempo gli effetti stigmatizzanti connessi alla pubblicità della precedente condanna, di rilevante incidenza sulla attività della *societas*; sono, altresì, evidenti le difficoltà di una corretta applicazione di questo istituto: da un lato, è incerta la determinazione del *dies a quo* di decorrenza del termine poiché il momento della avvenuta esecuzione della sanzione è dato che non risulta dalle iscrizioni; in secondo luogo, è incerto anche se per *commissione* di un ulteriore illecito si intende la sua contesta-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione all'ente o piuttosto, come imposto da esigenze di garanzia, la condanna con sentenza irrevocabile. Stando alla prima soluzione, l'annotazione della contestazione nel certificato dei carichi pendenti impedirà l'eliminazione; da notare, peraltro, che il termine di cinque anni previsto per le sanzioni pecuniarie coincide con quello stabilito ai fini della configurazione della reiterazione dell'illecito (art. 20) la quale, sostanziandosi nella commissione di un ulteriore illecito amministrativo, di per sé preclude l'eliminazione.

8. I certificati e la garanzia giurisdizionale.

La disciplina del rilascio dei certificati iscritti nell'anagrafe sia dei carichi pendenti sia delle sanzioni amministrative individua tre categorie di soggetti legittimati distinguendo, in relazione, ad essi il contenuto del certificato stesso.

Agli uffici che esercitano la giurisdizione penale e a quelli del pubblico ministero è consentito acquisire, per ragioni di giustizia, il certificato *integrale* delle iscrizioni riferite a un determinato ente (art. 30 d.P.R. 313 del 2002): in esso sono indicate tutte le iscrizioni risultanti a carico dell'ente, non necessariamente di quello per il quale sia in corso il procedimento di accertamento di un illecito dipendente da reato; e, d'altra parte, l'acquisizione può essere richiesta da qualsiasi organo giudiziario (giudice e pubblico ministero), cioè a dire anche da quello che non sta procedendo nei confronti dell'ente. La previsione, da questo punto di vista più ampia di quella previgente, si giustifica in ragione delle trasformazioni che possono sopravvenire alla *societas*, in grado di impedire la conoscibilità dei precedenti giudiziari e dei carichi pendenti (Vittorini).

Anche l'ente interessato, vale a dire quello a cui si riferiscono le iscrizioni, è legittimato — con esonero dall'obbligo di motivare la sua richiesta — al rilascio di entrambi i certificati, ma in essi non risultano i provvedimenti di applicazione della sanzione su richiesta né quelli di applicazione della sanzione pecuniaria in esito al procedimento per decreto, esclusione che integra uno degli effetti premiali connessi a questi riti semplificati (art. 31 d.P.R. n. 313 del 2002). La medesima certificazione parziale è prevista per le amministrazioni pubbliche e i gestori dei pubblici servizi legittimati alla richiesta quando i certificati siano necessari per l'esercizio delle loro funzioni (art. 32 d.P.R. n. 313 del 2002).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Si è osservato in precedenza che la stessa Relazione ha tenuto a sottolineare che la scelta legislativa di inserire il sistema dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato all'interno della giurisdizione assicura le dovute garanzie all'ente. È quanto si riscontra a proposito della attribuzione alla giurisdizione, e non alla amministrazione, delle questioni concernenti le iscrizioni e i certificati: la competenza, funzionale, è accentrata nel tribunale, in composizione monocratica, di Roma, luogo ove ha sede unica l'ufficio dell'anagrafe, che decide secondo le forme stabilite dall'art. 666 c.p.p. in quanto applicabili, vale a dire secondo la disciplina del procedimento di esecuzione, assunto a modello generale della fase *in executivis* per l'ente (art. 40 comma 2 d.P.R. n. 313 del 2002).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO VENTITREESIMO

LE DEROGHE ALLA DISCIPLINA PROCESSUALE PER BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI E ASSICURAZIONI

SOMMARIO: 1. Le ragioni delle deroghe processuali per talune realtà economiche. — 2. La fase investigativa: i rapporti tra pubblico ministero e autorità di vigilanza. — 3. Le misure cautelari. — 4. L'acquisizione al processo di « aggiornate informazioni » sulla situazione organizzativa dell'ente. — 5. La fase esecutiva e i poteri dell'autorità amministrativa.

1. Le ragioni delle deroghe processuali per talune realtà economiche.

La disciplina della responsabilità per reato degli enti ha assistito nel corso degli anni alla germinazione di taluni sottosistemi normativi, per lo più ritagliati su figure di reato e di imputati tipicamente riconducibili ai settori creditizio e finanziario. Si tratta di un fenomeno che, per quanto esterno al d.lgs. n. 231 del 2001, comporta ricadute rilevanti sull'applicazione della normativa in questione. Oltre a non poche problematiche: dal non semplice coordinamento tra diversi « microsistemi » (PAOLOZZI), all'individuazione di un punto di equilibrio tra le garanzie del giusto processo penale e la flessibilità che connota le disposizioni — di matrice amministrativa — dei testi unici sulle banche (t.u.b.) e sugli intermediari finanziari (t.u.f.), fino al dosaggio dei poteri del giudice, talvolta eccessivamente discrezionali, talaltra vistosamente azzerati.

Tra i destinatari della normativa sulla responsabilità amministrativa da reato sono senza dubbio da annoverare gli istituti di credito e gli intermediari finanziari sottoposti a vigilanza, tra i quali le società di intermediazione mobiliare (Sim), le società di gestione del risparmio (Sgr), le società d'investimento a capitale variabile (Sicav) e le società d'investimento a capitale fisso (Sicaf); ad essi vanno aggiunti gli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia (*ex* art. 106 t.u.b.). Completano questo elenco di primari attori del terziario, soggetti alla normativa sulla responsabilità degli enti, le imprese di assicurazione e di riassicurazione.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Per le suddette realtà economiche esiste uno speciale regime processuale penale ritagliato, per banche ed intermediari, dal d.lgs. 9 luglio 2004 n. 197 — il quale prevede una regolamentazione *ad hoc* in attuazione della direttiva 2001/24/CE in tema di risanamento e liquidazione degli enti creditizi — e, per le assicurazioni, dal d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (il così detto "codice delle assicurazioni private"). Il regime derogatorio ivi contemplato è inteso a sottrarre tali enti, « per esigenze di coordinamento con la disciplina dettata nella sede propria » (PRESUTTI), a talune disposizioni del decreto del 2001, sostituite da quelle inserite, allo scopo, direttamente nel testo unico bancario (art. 97-*bis* t.u.b.), nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (art. 60-*bis* t.u.f.) — ciò è avvenuto ad opera, rispettivamente, degli artt. 8 e 10 del d.lgs. n. 197 del 2004 — e nel codice delle assicurazioni private (art. 266 del d.lgs. n. 209 del 2005).

Tra le eccezioni più rilevanti alle regole in materia di responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato è da segnalare, in primo luogo, quella che vieta l'applicazione, anche se solo in funzione cautelare, delle sanzioni interdittive più gravi, cioè a dire quelle previste dall'art. 9 comma 2 lett. *a* e *b*: l'interdizione dall'esercizio dell'attività e la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito. Viene in rilievo, in seconda battuta, il divieto di ricorrere — in sede sia sanzionatoria che cautelare — all'istituto del commissario giudiziale; inoltre, dal punto di vista procedimentale, è approntato un canale di comunicazione, tra pubblico ministero e autorità di vigilanza dei settori creditizio, finanziario e assicurativo (Banca d'Italia, Consob e Ivass: quest'ultimo, ovvero l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, aveva sostituito l'Isvap — v. art. 13 della l. 7 agosto 2012 n. 135 — confluendo nella Banca d'Italia), inteso a favorire l'ingresso nell'indagine penale delle informazioni tecniche in possesso di queste ultime: un'acquisizione che, nel giudizio di merito, diviene obbligatoria; laddove, infine, la sentenza di condanna dell'ente concerna le due sanzioni interdittive poco sopra richiamate, si appalesa l'ultima — e, certamente, più significativa — deviazione dalle regole ordinarie, in quanto la competenza non solo ad eseguire ma, altresì, a determinare in concreto la misura da applicare, spetta all'autorità amministrativa e non al giudice.

Occorre interrogarsi sulle ragioni della scelta di introdurre regole speciali, nel processo penale *de societate*, a favore dei menzionati attori economici.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

A onore del vero, esistono fattori che, di per sé stessi, sarebbero ben lungi dal legittimare un trattamento di favore — sul piano della responsabilità amministrativa degli enti di tali settori economici e del relativo meccanismo di accertamento — rispetto alla disciplina prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001 per la generalità delle imprese: si pensi, in prima battuta, al conflitto d'interessi endemico (G. Rossi) ed alla generale arretratezza dei sistemi creditizio-finanziario e assicurativo. Il segmento di terziario di cui si sta trattando è infatti contrassegnato da assetti e dinamiche tutt'altro che virtuose: la conservazione del capitale delle famiglie italiane è minacciata « dalla volatilità di molti strumenti, dalle truffe e dall'inadeguatezza dell'industria del risparmio gestito » (Carabini); inoltre, come aveva rilevato un'indagine conoscitiva della Autorità garante della concorrenza e del mercato, la *governance* delle banche, delle società di gestione del risparmio e delle assicurazioni è caratterizzata da « un indice di concentrazione dell'azionariato piuttosto elevato che porta a constatare un assetto del settore in esame scarsamente aperto in termini di contendibilità »; ciò — prosegue l'*Antitrust* — « se da un lato può garantire una maggiore continuità negli assetti delle società, dall'altro riduce la possibilità che vi siano cambiamenti negli assetti di *governance* in grado di raggiungere una maggiore efficienza. Da qui la necessità che gli assetti di *governance* assicurino, al tempo stesso, autonomia alle scelte del *management* e corretti incentivi alla trasparenza nel processo decisionale rispetto agli azionisti » (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Per identificare la *ratio* ispiratrice delle guarentigie che, nel processo penale *de societate*, sono state apprestate con riguardo ai settori imprenditoriali creditizio, finanziario e assicurativo bisogna dunque spingersi oltre le (negative) caratteristiche intrinseche del « capitalismo relazionale » — cioè di quel fenomeno contrassegnato, per un verso, da « troppi intrecci azionari che portano le banche e le assicurazioni ad essere socie dei loro concorrenti » e, per l'altro, da (eccessivamente) numerosi « incarichi multipli conferiti alle stesse persone da imprese che dovrebbero confrontarsi solo sul mercato » (Carabini).

E sono proprio, come risulta dalle nuove norme introdotte dal d.lgs. n. 197 del 2004 e dal d.lgs. n. 209 del 2005, le « preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela » vuoi dei diritti dei depositanti e della clientela (art. 97-*bis* comma 3 t.u.b.), vuoi dei diritti degli investitori (art. 60-*bis* comma 3 t.u.f.), vuoi, infine, degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative (art. 266 comma 3 codice delle assicurazioni), a giustificare il benigno trattamento proces-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

suale (divieto di applicazione delle misure interdittive più gravi, divieto di commissariamento giudiziale) riservato alle imprese citate. La protezione accordata al « risparmio in tutte le sue forme » (art. 47 comma 1 Cost.) si estrinseca, nella materia *de qua*, nell'impossibilità di paralizzare, con provvedimenti cautelari o sanzionatori, l'attività di aziende — o di settori di esse — la cui (quotidiana) funzionalità contribuisce a garantire i diritti economico-patrimoniali *di tutti i cittadini*. In altri termini, colui che deposita denaro, lo investe, o si assicura contro taluni rischi, non può patire, direttamente o indirettamente, sospensioni o interruzioni dei servizi di erogazione del credito, dell'attività di intermediazione finanziaria o del ristoro assicurativo, connesse all'*iter* processuale di accertamento di determinati reati (quelli di cui agli artt. 24 ss. del d.lgs. n. 231 del 2001).

La diffusione quantitativa e la distribuzione sul territorio, l'importanza del bene risparmio — nonché delle coperture assicurative per varie tipologie di rischio — costituiscono le ragioni della centralità economica delle realtà imprenditoriali in oggetto che, a ben vedere, ne legittima la particolare tutela nel corso dell'accertamento penale *contra societatem*. Tale posizione privilegiata emerge altresì dal confronto con il trattamento processuale riservato a differenti entità produttive e, in ultima analisi, ad un bene, pure costituzionalmente protetto, qual è il lavoro (art. 35 Cost.): all'impresa che impiega un numero — anche rilevante — di dipendenti, può infatti essere applicata l'interdizione dall'esercizio dell'attività o la sospensione (o revoca) delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (rispettivamente, lett. *a* e *b* del comma 2 dell'art. 9 del d.lgs. n. 231 del 2001) con gli intuibili riflessi sulla occupazione; a differenza di quanto accade per i servizi creditizi, finanziari e assicurativi, l'impresa manifatturiera non è al riparo da misure, cautelari o sanzionatorie, in grado di provocarne la dissoluzione o la chiusura temporanea; da un'altra angolatura, si può affermare che — di fronte ad un procedimento penale contro una società — il rischio di subire effetti pregiudizievoli è maggiore per il cittadino-lavoratore rispetto al cittadino-risparmiatore.

Certo, la nomina di un commissario giudiziale (*ex* art. 15 del d.lgs. n. 231 del 2001) può attutire l'impatto della misura interdittiva laddove questa provochi rilevanti ripercussioni negative « su terzi innocenti, quali gli stessi lavoratori dell'impresa o l'intera collettività » (VIGANÒ). È tuttavia opportuno tenere presente, da un lato, che, alla funzione preventiva del commissariamento — intesa come salvaguardia dell'occupazione perseguita attraverso la continuità della gestione aziendale

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

—, si affiancano quella "risanatoria" (il commissario deve curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi) e quella propriamente afflittiva (il profitto ricavato dall'ente nel corso della gestione commissariale deve essere confiscato al fine di evitare che il primo possa lucrare quei ricavi altrimenti andati perduti nel caso la sanzione interdittiva fosse stata regolarmente applicata a suo carico). E non può essere sottaciuto, dall'altro lato, che la misura del commissariamento può in concreto « rivelarsi più gravosa per l'ente rispetto alla stessa sanzione interdittiva »; non a caso, « a parità di conseguenze economiche pregiudizievoli (i profitti derivanti dalla prosecuzione dell'attività saranno comunque confiscati), l'ente sarà infatti costretto a subire una temporanea ma pesante ingerenza nella propria organizzazione e gestione interna da parte di un soggetto estraneo, portatore di interessi affatto eterogenei rispetto a quelli del *management* aziendale e tuttavia dotato di poteri assai invasivi » (ID.). Ed il fatto che tale ingerenza esterna sia risparmiata, come anticipato, agli istituti di credito, agli intermediari finanziari e alle assicurazioni — in virtù del divieto di commissariamento giudiziale contemplato, rispettivamente, dagli artt. 97-*bis* comma 4 t.u.b., 60-*bis* comma 4 t.u.f. e 266 comma 4 codice delle assicurazioni — è un ulteriore indice del *favor* esplicitato dall'ordinamento nei riguardi di queste categorie di soggetti economici.

Il declamato intento di salvaguardare i diritti dei depositanti, degli investitori e degli assicurati, ritenuti « preminenti » rispetto alle esigenze connesse all'accertamento penale, si concretizza peraltro in termini e con modalità non sempre lineari. La normativa derogatoria di favore preclude l'applicazione, in sede cautelare, delle misure interdittive più gravose e, in ogni caso, del commissariamento giudiziale; tuttavia, la completa devoluzione della fase esecutiva delle (medesime) sanzioni alle *authority* — ed il conseguente affievolirsi del controllo giurisdizionale — introduce, di fatto, un regime di flessibilità della pena: questo può risolversi — come vedremo — in inasprimenti dell'afflittività sanzionatoria, con l'effetto finale di compromettere gli obiettivi di garanzia e di tutela perseguiti dai provvedimenti qui in esame.

2. La fase investigativa: i rapporti tra pubblico ministero e autorità di vigilanza.

Quando l'annotazione dell'illecito amministrativo (art. 55) riguardi una banca, una Sim, una Sgr, una Sicav o una Sicaf, oppure una società

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

di assicurazione o di riassicurazione, il pubblico ministero *è tenuto a darne comunicazione* alla competente autorità di vigilanza di settore (rispettivamente la Banca d'Italia, la Consob, e l'Ivass), la quale può essere sentita dal titolare delle investigazioni e ha facoltà di presentare relazioni scritte. Queste regole — introdotte, come si è anticipato, dagli artt. 8 e 10 del d.lgs. n. 197 del 2004, nonché dall'art. 266 del codice delle assicurazioni — configurano una normativa speciale, per le indagini nei confronti delle suddette realtà economico-finanziarie, che esalta ruolo e funzione degli organismi di controllo pubblici. Essi possono essere sentiti — su richiesta del pubblico ministero — vuoi come soggetti informati sui fatti, nel corso delle indagini, vuoi come testimoni, in fase dibattimentale: all'audizione dell'autorità di vigilanza non deve necessariamente provvedere il pubblico ministero, essendo attività delegabile alla polizia giudiziaria, secondo le regole generali del codice di rito; spetta al pubblico ministero la presentazione della richiesta di deporre, da indirizzare al governatore della Banca d'Italia o al presidente della Consob o dell'Ivass (in quest'ultimo caso, il direttore generale della Banca d'Italia), i quali provvederanno ad indicare il funzionario deputato a rilasciare le informazioni ritenute utili; questa scelta risulterà vincolante per l'accusa in ordine al nominativo della persona designata dall'autorità di controllo, anche se il pubblico ministero e la polizia giudiziaria restano — naturalmente — liberi di sentire altri e diversi soggetti di tali istituzioni, in qualità di persone informate sui fatti.

Alle predette *authority* fa altresì capo un potere di intervento che, nel corso del procedimento penale, si estrinseca nella « facoltà di presentare relazioni scritte » le quali, sia in virtù del prestigio dell'organo pubblico che le elabora, sia in ragione dell'elevato tecnicismo delle medesime, si avvicinano — secondo taluno — a « consulenze tecniche di fatto » (Paolozzi), di non indifferente peso probatorio, nei confronti dei cui esiti l'ente incolpato può comunque esercitare il diritto al contraddittorio, nominando un consulente di parte.

Duplice pare essere la funzione della già accennata comunicazione della pubblica accusa. Per un verso, quella di spronare Banca d'Italia, Consob e Ivass ad esercitare, sin dai primi passi dell'indagine penale, i rispettivi poteri di vigilanza. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla vigilanza, di tipo informativo, della Banca d'Italia sugli istituti di credito (ivi compresi « i soggetti ai quali le banche abbiano esternalizzato funzioni aziendali e [i]l loro personale »: art. 51 commi 1 e 1-*quinquies* t.u.b.), a quella regolamentare *ex* art. 53 t.u.b., a quella

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

ispettiva presso le banche italiane e le loro sedi in uno Stato membro dell'Unione europea (art. 54 comma 2 t.u.b.), alla vigilanza su base consolidata — in materia di gruppi bancari — di cui agli artt. 59 ss. t.u.b., ai poteri informativi nei confronti dei soggetti abilitati di cui all'art. 6-*bis* commi 1 e 2 t.u.f., ai poteri ispettivi *ex* art. 6-*ter* commi 1, 6, 7 e 8 t.u.f.; ancora, si ponga mente alla vigilanza della Consob sulla trasparenza e sulla correttezza dei soggetti abilitati ai sensi degli artt. 5 (finalità e destinatari della vigilanza), 6-*bis* commi 5-10 (poteri informativi e di indagine) e 6-*ter* (poteri ispettivi) t.u.f.; nell'ambito delle rispettive competenze, Banca d'Italia e Consob vigilano altresì sul rispetto di disposizioni dell'Unione europea direttamente applicabili (art. 7-*decies* t.u.f.) e sui gruppi (art. 12 t.u.f.); infine, alla vigilanza sull'attività assicurativa e riassicurativa che l'Ivass svolge mediante l'esercizio dei poteri di natura autorizzativa, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva previsti dal codice delle assicurazioni (art. 5; cfr. art. 3-*bis*).

Per altro verso, con riguardo alla categoria dei consulenti finanziari autonomi, delle società di consulenza finanziaria e dei consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede, l'informativa che promana dalla pubblica accusa sembra altresì intesa a favorire l'adozione dei provvedimenti cautelari contemplati dalla normativa sull'intermediazione finanziaria (art. 7-*septies* t.u.f.); trattasi di *cautele* particolarmente incisive — cioè la sospensione del consulente finanziario dall'esercizio dell'attività — che l'*Organismo di vigilanza e tenuta dell'albo unico dei consulenti finanziari* (*ex* art. 31 comma 4 t.u.f.), in caso di necessità ed urgenza, « dispone », per un periodo massimo di centottanta giorni, qualora « sussistano elementi che facciano presumere l'esistenza di gravi violazioni di legge ovvero di disposizioni generali o particolari emanate in forza del [t.u.f.] » (art. 7-*septies* comma 1 t.u.f.) o, per un periodo massimo di un anno, qualora il soggetto iscritto all'albo sia stato sottoposto ad una misura cautelare coercitiva o abbia assunto la qualità di imputato in relazione a determinati reati (art. 7-*septies* comma 2 t.u.f.).

3. Le misure cautelari.

Tra le disposizioni *non applicabili* a banche, intermediari finanziari e assicurazioni vi è l'art. 45 del d.lgs. n. 231 del 2001, nella parte in cui richiama le plurime sanzioni interdittive annoverate dall'art. 9 comma 2, ammettendone l'impiego quali misure cautelari: « pur conferman-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

done l'applicabilità in *toto* a seguito di sentenza di condanna » (PRESUTTI), si inibisce l'utilizzo in chiave *cautelare* di quelle previste dall'art. 9 comma 2 lett. *a* e *b* (trattasi, rispettivamente, dell'interdizione dall'esercizio dell'attività e della sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito). Ci si è in precedenza soffermati ad analizzare le ragioni giustificative di tale regime derogatorio, motivato dall'esigenza vuoi di salvaguardare la stabilità creditizia, finanziaria e assicurativa — in altre parole, di consentire la prosecuzione dei relativi servizi e di evitare ripercussioni negative sulla collettività connesse all'applicazione cautelare di incisive misure interdittive — vuoi di tutelare i diritti dei depositanti, della clientela, degli investitori, degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative.

Come si ricorderà, ad ispirare la scelta di escludere l'operatività dell'istituto del commissario giudiziale, sia sotto il profilo sanzionatorio (art. 15) che cautelare (art. 45 comma 3), è stata la « preoccupazione, ritenuta prevalente rispetto alle segnalate istanze di coordinamento » (EAD.), di scongiurare « ingerenze » dell'autorità giudiziaria, ritenute « foriere di effetti collaterali di spiccata gravità in settori strategici per l'economia nazionale » (VARANELLI). Così, la discrezionalità dell'organo giurisdizionale viene, in questo settore, azzerata; nel sistema della responsabilità degli enti per fatti di reato tale discrezionalità funziona dunque a corrente alternata; in particolare, nel campo delle cautele endoprocessuali si registra una sensibile differenza tra l'ampia facoltà di attingere al paniere delle misure (interdittive e sostitutive), qualora nelle vesti di imputato figuri un'impresa manifatturiera "classica", e le ridotte opzioni, a disposizione del giudice, ove si tratti di un ente di natura creditizia o assicurativa. Non si può peraltro non rilevare che, all'esigenza, di natura politico-economica, di allestire un riparo — per queste ultime categorie — contro gli effetti destabilizzanti dei provvedimenti interinali del processo penale, se ne aggiunge una di carattere sistemico: essa è intesa a valorizzare le potenzialità dell'istituto commissariale, da tempo contemplato nelle legislazioni bancaria, finanziaria e assicurativa nonché rodato nelle prassi dei rispettivi settori.

La disciplina delle crisi prevede, in *ambito bancario*, il potere della Banca d'Italia di nominare uno o più commissari straordinari ai quali devolvere — in luogo degli organi ordinari (cfr. art. 72 commi 1 e 1-*bis* t.u.b.) — la gestione della *societas*: queste figure operano sotto il diretto controllo dell'istituto centrale, che può revocarle o sostituirle oppure modificarne compiti e poteri (art. 72 commi 2-*bis* e 4 t.u.b.). Ai suddetti

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

istituti si sono affiancati, nel tempo, quelli di « intervento precoce [...] volt[i] a gestire situazioni caratterizzate da segnali di anomalia che, solitamente, costituiscono il preludio di una crisi » (CONSIGLIERE), quali l'attuazione del piano di risanamento (artt. 69-*octiesdecies* e 69-*noviesdecies* t.u.b.), la rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza (art. 69-*vicies-semel* t.u.b.), nonché la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento (art. 75-*bis* t.u.b.). « Sebbene tra loro eterogenee », le misure sopra elencate « condividono una caratteristica fondamentale: *non* hanno natura sanzionatoria » (CONSIGLIERE).

Nel segmento dei *mercati finanziari* si registra un analogo potere del presidente della Consob che, in via d'urgenza, « ove ricorrano situazioni di pericolo per i clienti o per i mercati », può disporre « la sospensione degli organi di amministrazione delle Sim e la nomina di un commissario che ne assume la gestione quando risultino gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie »; e, a rimarcare la subordinazione della figura gestoria nei riguardi dell'*authority*, è previsto che il presidente della Consob possa stabilire « speciali cautele e limitazioni » da osservare nella amministrazione della società d'investimento mobiliare colpita dal provvedimento (art. 7-*sexies* commi 1 e 2 t.u.f.); queste disposizioni si applicano anche alle Sgr e alla Sicav (art. 7-*sexies* comma 6 t.u.f.).

Procedure non dissimili sono contemplate, infine, nel campo delle misure di salvaguardia, risanamento e liquidazione delle *imprese assicurative*; l'Ivass può nominare un commissario — laddove si sia registrata una grave inosservanza delle disposizioni di legge — per il compimento di singoli atti necessari per ricondurre la gestione dell'impresa nell'alveo della legalità (art. 229 codice delle assicurazioni); l'istituto di vigilanza può inoltre disporre, « quando ricorrono i presupposti per l'amministrazione straordinaria di cui all'art. 231 e concorrano ragioni di assoluta urgenza », che uno o più commissari assumano i poteri di amministrazione dell'impresa e, nel contempo, stabilire « speciali cautele e limitazioni » nella gestione dell'impresa (art. 230 commi 1 e 2 codice delle assicurazioni); i commissari straordinari operano comunque sotto la vigilanza, in taluni casi regolamentare, in altri autorizzativa, dell'Ivass (art. 234 codice delle assicurazioni) che può revocarli o sostituirli (art. 233 comma 2 codice delle assicurazioni).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Comune denominatore delle citate disposizioni settoriali è la discrezionalità dell'intervento dell'*authority* di vigilanza che, esplicandosi con la nomina e la delimitazione dei poteri gestori del commissario *ad acta*, garantisce quell'immediatezza e quella cogenza — tipiche dei provvedimenti amministrativi — spesso difficilmente perseguibili nell'*iter* giurisdizionale per la nomina del commissario giudiziale di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Ne risulta salvaguardato, al tempo stesso, l'obiettivo di fondo che caratterizza la normativa speciale processuale relativa alla tipologia di imprese in oggetto: le controindicazioni connesse alla " ingerenza " dell'autorità giurisdizionale — specie in una fase, qual è quella delle indagini preliminari, che potrebbe concludersi con un provvedimento di archiviazione — risultano superate dalla riaffermata prerogativa dell'intervento, della gestione e della supervisione delle competenti autorità di vigilanza e dei commissari da queste nominati.

4. L'acquisizione al processo di « aggiornate informazioni » sulla situazione organizzativa dell'ente.

A rimarcare l'importanza, per la decisione finale, del parere tecnico delle *authority*, la normativa ne prevede l'obbligatoria acquisizione — in « ogni grado del processo di merito, prima della sentenza » — su iniziativa, anche ufficiosa, del giudice (artt. 97-*bis* comma 2 t.u.b., 60-*bis* comma 2 t.u.f. e 266 comma 2 codice delle assicurazioni). Gli elementi conoscitivi in questione si identificano nelle « aggiornate informazioni » sulla situazione organizzativa dell'impresa incolpata; mentre gli obiettivi perseguiti da queste disposizioni consistono nel propiziare un'ampia ricettività processuale delle conoscenze tecniche degli organismi pubblici di vigilanza e nell'assicurare un costante monitoraggio della struttura dell'azienda. Con riferimento al primo aspetto, il prescritto obbligo dell'organo giurisdizionale di acquisire, prima della sentenza di merito, i summenzionati pareri, si atteggia a disposizione di chiusura del sistema: anche qualora il pubblico ministero non avesse proceduto ad assumerli in fase preliminare, né le *authority* si fossero spontaneamente attivate — in tale sede — a « presentare relazioni scritte » (*ex* artt. 97-*bis* comma 1 t.u.b., 60-*bis* comma 1 t.u.f. e 266 comma 1 codice delle assicurazioni), è nel dibattimento di primo grado o in quello di appello che, a prescindere dalla richiesta delle parti, sarà dato il dovuto spazio ai contributi informativi della Banca d'Italia, della Consob o dell'Ivass. La portata

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

conoscitiva di questi ultimi non pare peraltro circoscrivibile ai soli fini dell'imputazione; infatti, nel caso sia stata disposta la sospensione del processo per consentire l'adempimento delle attività riparatorie di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 231 del 2001, il giudice può trovare ausilio nei pareri delle autorità di vigilanza — in ordine alla struttura organizzativa e di controllo dell'ente sottoposto a procedimento — per decidere sull'applicazione delle sanzioni interdittive (cfr. artt. 65 e 17).

Quanto all'esigenza di disporre di un quadro aggiornato sulla *compliance* aziendale, è stata correttamente richiamata « la circostanza che l'azione di vigilanza ed il processo penale possano svolgersi con tempi differenti (la prima più veloce del secondo) e che, quindi, il giudice debba essere informato dei provvedimenti presi dalle autorità di controllo e della situazione organizzativa 'attuale' » della società; in altre parole, il legislatore ha voluto « che non fosse possibile emanare la sentenza sulla responsabilità amministrativa [...] senza che fossero acquisite dalle autorità di controllo le informazioni sulla situazione [dell'ente] » (Capolino-Coscia-Galanti).

I dati offerti dai citati organi pubblici sono inquadrabili nella categoria della prova documentale (art. 234 ss. c.p.p.); le « aggiornate informazioni » in parola rivestono una particolare importanza in forza del ruolo di vigilanza pubblica — in quanto tale, *super partes* — ricoperto dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dall'Ivass; ma tale aspetto non pregiudica il diritto di difesa ed al contraddittorio poiché l'ente — qualora intenda approfondire, contestare o, comunque, interloquire sul contenuto delle suddette relazioni — può chiedere l'esame del funzionario che ha redatto il documento acquisito nel processo, oppure che venga disposta una perizia, affidata ad esperti estranei all'organigramma delle predette autorità pubbliche, per una (ulteriore) verifica della struttura organizzativa e di controllo adottata.

5. La fase esecutiva e i poteri dell'autorità amministrativa.

La disciplina dell'esecuzione delle sanzioni presenta accentuati profili di criticità. A fronte dell'adozione del rito processuale penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente si profilano, in fase esecutiva, competenze e poteri dell'autorità amministrativa la cui pregnanza è tale da prefigurare un sistema di natura bifasica; da un lato, le garanzie per l'ente-imputato riposano sulla scelta del rito giurisdizionale, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, e sull'ossequio alle regole del contraddittorio; dall'altro, la più volte invocata preminenza

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

delle finalità di salvaguardia dei settori creditizio, finanziario e assicurativo, si esplicita nell'attribuire a Banca d'Italia, Consob e Ivass non solo la concreta modulazione del trattamento sanzionatorio quanto — e soprattutto — la *scelta* della misura da applicare.

Come si è accennato, nella fase esecutiva delle sanzioni si registrano vistose anomalie e deviazioni dall'apparato di garanzie tipiche del procedimento penale.

Il ruolo propulsivo del pubblico ministero — tipico del momento esecutivo — rimane tale; esso è infatti calibrato sul modello contemplato dal codice di rito per l'esecuzione delle pene detentive, il quale assegna al titolare dell'azione esecutiva il compito di notificare l'estratto della sentenza all'ente. Dunque, anche per quanto concerne l'esecuzione delle sanzioni interdittive più gravi (*ex* art. 9 comma 2 lett. *a* e *b*), disposte nei confronti delle banche, degli intermediari finanziari o delle imprese di assicurazione o di riassicurazione, restano impregiudicate le prerogative del pubblico ministero nel promuovere l'azione esecutiva per mezzo della notificazione in parola (art. 77), dalla quale decorrono i termini per la conversione delle prime in sanzioni pecuniarie (art. 78); scaduto tale termine, la sentenza che irroga la sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività o della sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito va trasmessa, « per l'esecuzione », alla Banca d'Italia, alla Consob o all'Ivass (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 97-*bis* comma 3 t.u.b., 60-*bis* comma 3 t.u.f. — in questo caso, sia alla Banca d'Italia che alla Consob, « ciascuna nell'ambito delle rispettive competenze » — e 266 comma 3 codice delle assicurazioni).

Si badi che queste ultime disposizioni non obbediscono semplicemente all'esigenza di "coordinamento informativo", perseguita dall'art. 84 del d.lgs. n. 231 del 2001, secondo il quale la sentenza irrevocabile di condanna è comunicata dalla cancelleria del giudice alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente; né il ruolo delle medesime si riduce a conferire — all'*authority* di settore — il mero potere di porre in esecuzione il contenuto precettivo della decisione giurisdizionale. Vi è ben di più. Banca d'Italia, Consob o Ivass possono infatti « proporre o adottare » gli atti previsti dalla disciplina delle crisi del testo unico bancario, i provvedimenti ingiuntivi e di crisi (nonché quelli sospensivi degli organi amministrativi) contemplati dal testo unico degli intermediari finanziari, le misure di risanamento e liquidazione del codice delle assicurazioni. Quanto al *potere di proposta*, si possono formulare, in questa sede, solo alcuni esempi; la Banca d'Italia *propone* al Ministro

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

dell'economia e delle finanze di adottare il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa (art. 80 t.u.b.) e la procedura di risoluzione (Consigliere); sempre la Banca d'Italia o la Consob — ciascuna per le materie di propria competenza — possono *proporre* al Ministro dell'economia e delle finanze di disporre con decreto la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività e la liquidazione coatta amministrativa delle Sim, Sgr, Sicav e Sicaf (art. 57 comma 1 t.u.f.); la Banca d'Italia, di propria iniziativa o su proposta formulata dalla Consob nell'ambito delle sue competenze, può disporre lo scioglimento degli organi con funzione di amministrazione e di controllo delle suddette società (art. 56 comma 1 t.u.f.); l'Ivass può *proporre* al Ministro dello sviluppo economico di adottare il decreto di scioglimento degli organi di amministrazione e controllo dell'impresa assicurativa (amministrazione straordinaria *ex* art. 231 codice delle assicurazioni) oppure quello di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività in tutti i rami assicurativi e la liquidazione coatta amministrativa (art. 245 codice delle assicurazioni).

Quanto al *potere di scelta* delle singole misure, esso spetta alle summenzionate *authority*. Preme evidenziare che, sia la proposta sia la scelta delle misure in parola, avverrà contemperando « le caratteristiche della sanzione irrogata » con le « preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela » — rispettivamente — dei diritti dei depositanti e della clientela (art. 97-*bis* comma 3 t.u.b.), dei diritti degli investitori (art. 60-*bis* comma 3 t.u.f.) e degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative (art. 266 comma 3 codice delle assicurazioni). Occorre precisare che, a partire dal 2014, i compiti di vigilanza sugli *enti creditizi* sono stati ripartiti, nell'area dell'euro, tra Banca Centrale Europea e Banca d'Italia « in relazione alla *significance* dell'intermediario bancario » (Consigliere), con conseguenti riflessi sulla competenza ad adottare le misure previste dal d.lgs. n. 231 del 2001. Con riguardo alle Sim, Sgr, Sicav e Sicaf, il comma 3 dell'art. 60-*bis* t.u.f. — interpolato dal d.lgs. 3 agosto 2017 n. 129 — prevede altresì che la Consob o la Banca d'Italia, ciascuna nell'ambito delle rispettive competenze, può adottare provvedimenti ingiuntivi, volti a fare cessare determinate irregolarità o a vietare l'offerta di quote o azioni, nei confronti degli intermediari nazionali e non UE (art. 7-*ter* t.u.f.), di intermediari UE (art. 7-*quater* t.u.f.) e di OICVM UE, FIA UE e non UE con quote o azioni offerte in Italia (art. 7-*quinquies* t.u.f.); inoltre, il presidente della Consob dispone la sospensione degli organi amministrativi di Sim, Sgr e Sicav — con contestuale nomina di un

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

commissario — ai sensi dell'art. 7-*sexies* t.u.f.; anche in questi casi, le *authority* dovranno bilanciare « le caratteristiche della sanzione irrogata e le preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela dei diritti degli investitori ».

Tuttavia, tale bilanciamento si compie sulla base « di un empirico calcolo di equipollenza », operato dall'autorità amministrativa, « tanto più improbabile ove si consideri che le sanzioni da sostituire ed i congegni che le sostituiscono collimano in modo del tutto approssimativo » (PAOLOZZI); rileva che « un possibile parallelo tra misure di gestione delle crisi bancarie » e sanzioni *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 « potrebbe fondarsi sul rispettivo grado di incisività. In tale prospettiva potrebbe sostenersi, sia pure con un ineliminabile margine di approssimazione, che le misure di intervento precoce corrispondono alla sanzione interdittiva meno grave (sospensione dell'autorizzazione); mentre la risoluzione e la liquidazione coatta amministrativa appaiono, almeno in linea di principio, più vicine alla sanzione interdittiva di maggiore gravità (interdizione dall'esercizio dell'attività) » (CONSIGLIERE). Ci si trova così al cospetto del potere della Banca d'Italia, della Consob, e dell'Ivass di adottare provvedimenti che possono *incrementare* l'afflittività della sanzione penale originaria — o *annacquarla — al di fuori di ogni controllo del giudice terzo*. Peraltro, la stessa dottrina bancaria ha esplicitamente riconosciuto che « l'autorità giudiziaria irroga nella sentenza una delle due sanzioni interdittive menzionate ma, in effetti, esse sono destinate a non essere mai applicate » (tant'è che « il 'comando' contenuto nella sentenza penale si 'trasforma' in un'indicazione per le autorità di controllo »: v. CAPOLINO-COSCIA-GALANTI).

In via esemplificativa, si pensi al caso in cui all'interdizione temporanea dell'esercizio dell'attività *bancaria* subentrasse la liquidazione coatta amministrativa, di cui all'art. 80 t.u.b., cioè un provvedimento che conduce alla *dissoluzione* dell'ente. In senso opposto, laddove alla sanzione interdittiva dell'interruzione dell'attività dell'istituto di credito venisse sostituita — dalla Banca d'Italia, *ex* art. 70 t.u.b. — l'amministrazione straordinaria. Da segnalare tuttavia che le misure bancarie — vuoi di vigilanza, vuoi di gestione della crisi — sono state oggetto di modifiche da parte della normativa europea di settore (regolamento UE 806/2014 che ha istituito il *Single Resolution Mechanism*, direttiva 2014/59/UE in materia di *Banking Recovery and Resolution Directive*, così detta BRRD) che ha altresì ritagliato significativi poteri in capo alla Banca Centrale Europea. Non solo. A fronte delle suddette innovazioni, il testo dell'art. 97-*bis* t.u.b. è rimasto invariato,

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

con conseguenti problemi di raccordo con il quadro sistematico configurato dalla citata regolamentazione europea (CONSIGLIERE).

Nel campo delle imprese di *assicurazione*, si possono proporre considerazioni analoghe a quelle poco sopra formulate, con riguardo ai poteri dell'Ivass in tema di adozione di provvedimenti più incisivi dell'interdizione temporanea, quali la revoca dall'autorizzazione (art. 242 codice delle assicurazioni) e la liquidazione coatta amministrativa (art. 245 codice delle assicurazioni) o, al contrario, suscettibili di sterilizzare il contenuto della sentenza di condanna, quali le misure di risanamento di cui al capo II del titolo XVI del codice delle assicurazioni.

Dunque, il preponderante ruolo riconosciuto a soggetti estranei alla giurisdizione penale viene a deformare profondamente i tratti della fase esecutiva, quantomeno sotto un duplice profilo. *In primis*, la normativa processuale speciale consente all'autorità amministrativa di modificare il contenuto delle sanzioni — irrogate in sede penale — le quali « perdono la propria natura originaria per trasformarsi nei diversi strumenti ordinariamente predisposti per fronteggiare le — diverse — situazioni di crisi, strumenti che non hanno necessariamente natura di 'sanzioni' » (GALLUCCI). Viene, in secondo luogo, sottratta al controllo del giudice la competenza a conoscere dell'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, prevista dall'art. 74 del d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto, contro i provvedimenti adottati direttamente dalla Banca d'Italia, dalla Consob o dall'Ivass — o, su sollecitazione di queste ultime, dai Ministri dell'economia e delle finanze o dello sviluppo economico —, unico ricorso esperibile sarà quello « ordinariamente ammesso per gli atti delle predette autorità » (ID.; GAGLIARDI). Da quest'angolatura appare svilita la funzione complessiva delle regole speciali introdotte per le banche, gli intermediari finanziari e le imprese assicurative sottoposte a processo penale; infatti, la proclamata intenzione di apprestare strumenti di salvaguardia finalizzati ad attutire, in settori economici tanto delicati, gli effetti destabilizzanti tipici della sanzione penale, si risolve in una estromissione del controllo del giudice sulla fase esecutiva — e nella correlativa amministrativizzazione della medesima — con conseguente venire meno delle garanzie di terzietà ed imparzialità connesse all'esercizio della giurisdizione penale.

Importante tenere comunque presente che, nella prassi, le sanzioni irrogate a talune *banche* sono state esclusivamente quella pecuniaria e la confisca; la Banca d'Italia « non ha quindi avuto ancora occasione di misurarsi in concreto con le potenziali questioni problematiche legate alla conversione » di cui all'art. 97-*bis* comma 3 t.u.b. (CONSIGLIERE).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

CAPITOLO VENTIQUATTRESIMO

PROFILI DEL PROCEDIMENTO PER GLI ABUSI DI MERCATO

SOMMARIO: 1. Linee generali. — 2. Cenni sulla procedura sanzionatoria degli illeciti amministrativi.

1. Linee generali.

La l. 18 aprile 2005 n. 62 ha configurato, in materia di abusi di mercato, una ulteriore e peculiare forma di responsabilità dell'ente, che si aggiunge a quella contemplata dall'art. 25-*sexies*. La normativa in parola aveva introdotto, nel testo unico dell'intermediazione finanziaria (t.u.f.), gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-*bis*) e di manipolazione del mercato (187-*ter*). Tali disposizioni sono state poi modificate dal d.lgs. 10 agosto 2018 n. 107, di adeguamento al Regolamento (UE) 596/2014 (quest'ultimo « relativo agli abusi di mercato [regolamento sugli abusi di mercato] e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione », noto anche con l'acronimo di « MAR »): una « mini-riforma del *market abuse* » che è stata oggetto di severe critiche sia per l'approccio metodologico adottato, sia per i risultati (scadenti) cui è pervenuta (BASILE). Nell'economia di quest'Opera ci si deve tuttavia limitare a una veloce ricognizione.

Quanto alle intitolazioni, l'art. 187-*bis* t.u.f. è attualmente rubricato « abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate », mentre la rubrica dell'art. 187-*ter* t.u.f. è rimasta invariata.

Radicali i cambiamenti intervenuti nei testi normativi.

Il primo comma dell'art. 187-*bis* t.u.f. recita: « Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate di cui all'articolo 14

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

del regolamento (UE) n. 596/2014 »; abrogati i commi secondo, terzo e quarto, la riforma del 2018 ha sostituito il comma quinto dell'art. 187-*bis* t.u.f. con il seguente: le « sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente articolo sono aumentate fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell'illecito quando, tenuto conto dei criteri elencati all'articolo 194-*bis* [del t.u.f.] e della entità del prodotto o del profitto dell'illecito, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo ». Dal canto suo, l'art. 187-*ter* t.u.f. consta oggi di soli tre commi (rispetto ai sette della precedente versione), dei quali il primo, per quanto qui d'interesse, dispone: « Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro a cinque milioni di euro chiunque viola il divieto di manipolazione del mercato di cui all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 596/2014 ».

Gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f. esordiscono tuttora entrambi con la clausola « [s]alve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato »; di significato non cristallino, la formula in parola è interpretabile nel senso che la sanzione amministrativa non pregiudica il procedimento penale laddove i fatti integrino anche una fattispecie di reato: conforta questa tesi l'art. 187-*terdecies* t.u.f. il quale prevede — quanto ad applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali ed amministrative — la possibilità che i due procedimenti si concludano con una condanna *per lo stesso fatto*.

Comunque sia, accanto ai *reati* di abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato compaiono, per effetto della l. n. 62 del 2005 e delle successive modifiche del d.lgs. n. 107 del 2018, altrettanti *illeciti amministrativi*, pressoché identici quanto a denominazione e — con riferimento alla condotta materiale — fortemente simili alle omologhe *figurae criminis*; essi sono puniti con la « sanzione amministrativa pecuniaria » da euro ventimila a cinque milioni per la violazione del divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione illecita delle medesime (art. 187-*bis* comma 1 t.u.f.), da euro ventimila a cinque milioni per la manipolazione del mercato (art. 187-*ter* comma 1 t.u.f.). Per le fattispecie fin qui descritte — compendiate dalla locuzione *market abuse* — è dunque contemplata, oltre alla responsabilità penale (*ex* artt. 184 e 185 t.u.f.), quella amministrativa (*ex* artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f.); sul piano sanzionatorio, alla pena della reclusione e della multa possono cumularsi le summenzionate sanzioni amministrative pecuniarie (fatta salva, per la pena

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

pecuniaria e per queste ultime, la mitigazione prevista dall'art. 187-*terdecies*, di cui si farà cenno tra breve).

Le conseguenze sul piano della responsabilità dell'ente sono pressoché speculari a quelle tratteggiate per la persona fisica. Accanto alla responsabilità per l'illecito amministrativo da reato (*ex* art. 25-*sexies*) si registra quella per « illeciti amministrativi dipendenti da illeciti amministrativi » (Paolozzi), ovvero le fattispecie di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f. (che, a loro volta rinviano, per l'individuazione dei divieti, rispettivamente agli artt. 14 e 15 del regolamento (UE) n. 596/2014): lo prevede espressamente l'art. 187-*quinquies* t.u.f., secondo il quale la *societas* è punita « con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila euro fino a quindici milioni di euro, ovvero fino al quindici per cento del fatturato, quando tale importo è superiore a quindici milioni di euro e il fatturato è determinabile ai sensi dell'articolo 195, comma 1-*bis*, [t.u.f.] nel caso in cui sia commessa nel suo interesse o a suo vantaggio una violazione del divieto di cui all'articolo 14 o del divieto di cui all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 596/2014 » dalle figure apicali o subordinate (comma 1 lett. *a* e *b*). E, qualora il prodotto o il profitto conseguito dall'ente — in seguito agli illeciti *ex* artt. 14 e 15 del regolamento (UE) n. 596/2014 (richiamati, come anticipato, dagli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f.) — sia di rilevante entità, « la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto » (comma 2). Si delinea dunque a carico dell'ente « un apparato sanzionatorio alquanto severo e articolato, che pone delicati problemi di compatibilità con il divieto di *bis in idem* sostanziale » (Bellacosa); una permanente criticità, quella del "doppio binario" punitivo, riguardo alla quale gli ultimi arresti delle Corti europee e della Corte costituzionale (si pensi, per esempio, alla sentenza n. 222 del 2019) non hanno tracciato una linea interpretativa del tutto univoca (cfr. Basile; Bellacosa; Boncompagni; Deaglio).

Indefettibile — analogamente a quanto previsto dall'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001 — la confisca: l'applicazione delle « sanzioni amministrative pecuniarie importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo » (art. 187-*sexies* comma 1 t.u.f.), anche nella forma per equivalente (comma 2).

Con riferimento alle esimenti, la disciplina della responsabilità dell'ente per le « sanzioni amministrative » in questione si discosta da quella del d.lgs. n. 231 del 2001; l'ente « non è responsabile » se « dimostra » che i suoi dipendenti « hanno agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi » (art. 187-*quinquies* comma 3 t.u.f.):

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

diversamente dall'art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001, la norma in questione prevede, sul punto, un'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente (PALIERO).

Quanto alle disposizioni sui reati commessi dagli apicali e sui modelli di organizzazione (art. 6), sui reati dei subordinati (art. 7), sull'autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8) e sui casi di riduzione della pena pecuniaria (art. 12), esse si applicano « in quanto compatibili » (art. 187-*quinquies* comma 4 t.u.f.). Da rimarcare la vocazione prevenzionistica del sistema nei confronti dei reati di *market abuse*: i *compliance programs* dovranno orientare la loro funzione sia sul lato penale (contro i rischi di reato di cui all'art. 25-*sexies* del d.lgs. n. 231 del 2001), sia su quello amministrativo (avverso i rischi di illeciti di cui agli artt. 14 e 15 del regolamento (UE) n. 596/2014); significativo, in proposito, il coinvolgimento della Consob — essa deve essere « sentita » dal ministero della giustizia — nella procedura di approvazione dei codici di comportamento delle associazioni rappresentative degli enti di cui all'art. 6 comma 3 del d.lgs. n. 231 del 2001 (v. art. 187-*quinquies* comma 4 secondo periodo t.u.f.): l'*authority* di settore esprime dunque il proprio parere sulle "linee guida" che orientano la redazione dei modelli di organizzazione e di gestione.

Riassumendo, da un unico fatto antigiuridico — l'abuso o comunicazione illecita di informazioni privilegiate o la manipolazione del mercato — possono astrattamente discendere:

1) la responsabilità della persona fisica, punita con le sanzioni *penali ex* artt. 184 (che prevede altresì le fattispecie della raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate) e 185 t.u.f., accertata con il rito penale;

2) la responsabilità della medesima, punita con le sanzioni *amministrative* pecuniarie *ex* artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f., verificata con la procedura sanzionatoria — di matrice amministrativa e di competenza della Consob — disciplinata dall'art. 187-*septies* t.u.f.;

3) la responsabilità dell'ente, laddove i *reati* previsti dagli artt. 184 e 185 t.u.f. (così come modificati dal d.lgs. n. 107 del 2018 e dalla l. n. 238 del 2021) siano stati commessi — dal suo personale — nell'interesse o vantaggio del medesimo, punita con la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote; se il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto (art. 25-*sexies* commi 1 e 2 del d.lgs. n. 231 del 2001); si applica sempre, in caso di condanna, la confisca (del prezzo o) del profitto del reato, anche per equivalente (art. 19 del d.lgs. n. 231 del

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

2001); la cognizione del fatto spetta al giudice penale e si applicano le disposizioni del processo penale *de societate*; di regola, la trattazione dei fatti (reato-presupposto della persona fisica, illecito amministrativo dell'ente dipendente dal primo) è congiunta, *ex* art. 38 comma 1 del d.lgs. n. 231 del 2001;

4) la responsabilità dell'ente, qualora gli *illeciti amministrativi*, di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f. (i quali, si ricorda, rinviano — rispettivamente — alla violazione dei divieti *ex* artt. 14 e 15 del regolamento (UE) n. 596/2014), siano stati commessi nell'interesse o vantaggio dello stesso, punita con le sanzioni amministrative pecuniarie contemplate dalle due cit. disposizioni, suscettibili di aumento — in caso di prodotto o profitto di rilevante entità — fino a dieci volte l'entità di tale lucro (art. 187-*quinquies* commi 1 e 2 t.u.f.); l'applicazione delle suddette sanzioni amministrative pecuniarie comporta sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito anche nella forma per equivalente (art. 187-*sexies* commi 1 e 2 t.u.f.); la responsabilità è accertata con la procedura di cui all'art. 187-*septies* t.u.f.

In relazione ai mercati delle cripto-attività, occorre ricordare che l'art. 34 del d.lgs. 5 settembre 2024 n. 129 (v., *supra*, cap. IV, § 1) ha introdotto sanzioni pecuniarie particolarmente gravi nei confronti degli enti responsabili della violazione dei divieti di cui agli artt. 89 (abuso di informazioni privilegiate), 90 (divulgazione illecita di informazioni privilegiate) e 91 (manipolazione del mercato) del regolamento (UE) 2023/1114; l'art. 32 comma 4, cui fa rinvio il comma 2 dell'art. 34 d.lgs. citato, precisa che la Consob è competente ad irrogare le sanzioni in parola.

Dunque, contro la persona giuridica possono aprirsi e coesistere due procedimenti, l'uno, con oggetto l'illecito dipendente da reato (*ex* art. 25-*sexies* del d.lgs. n. 231 del 2001), segue le cadenze del rito penale *de societate*, l'altro, volto ad accertare l'illecito amministrativo dipendente da "omologo" illecito (*ex* artt. 187-*bis* t.u.f. e 14 del regolamento (UE) n. 596/2014, 187-*ter* t.u.f. e 15 del cit. regolamento, nonché 187-*quinquies* t.u.f.), è disciplinato dall'art. 187-*septies* t.u.f.; e che il procedimento *penale* e il procedimento *amministrativo* possano scorrere su binari paralleli lo conferma l'art. 187-*duodecies* t.u.f.: il secondo non può essere sospeso « per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i *medesimi fatti* [corsivo nostro] o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione ».

Moltiplicazione delle responsabilità — nonché dei riti — e spiccato rigore del trattamento punitivo caratterizzano dunque la filosofia d'ap-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

proccio dell'ordinamento penale italiano nei riguardi dei reati di *market abuse* (SEMINARA; BELLACOSA). Sembrerebbe volta a mitigare gli effetti della duplicazione sanzionatoria la previsione dell'art. 187-*terdecies* t.u.f., il cui testo è stato sostituito dal d.lgs. n. 107 del 2018, a tenore della quale quando per lo *stesso fatto* è stata applicata, a carico del reo (o dell'autore della violazione) o dell'ente, una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies* t.u.f. ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato, l'autorità giudiziaria o la Consob *tengono conto*, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive *già irrogate*; inoltre, l'esazione della *pena pecuniaria* e della *sanzione pecuniaria dipendente da reato* (ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa) è *limitata* alla parte eccedente quella riscossa — cioè introitata — rispettivamente dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria. Riformulata « in modo maldestro » (BASILE), la norma presenta non pochi problemi interpretativi: dal significato da attribuire alla locuzione « misure punitive già irrogate », alla portata della locuzione "tener conto", riferita all'esigenza di proporzione nel commisurare la pena o la sanzione amministrativa (BASILE; BELLACOSA).

Quanto alle peculiari regole dell'accertamento della responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da illeciti amministrativi (artt. 187-*bis*, 187-*ter* e 187-*quinquies*), esse arricchiscono — per quanto concerne la posizione dell'ente — un quadro (già) notevolmente composito. Se ne tratteggiano di seguito i lineamenti essenziali.

2. Cenni sulla procedura sanzionatoria degli illeciti amministrativi.

L'accertamento previsto dal t.u.f. (art. 187-*septies*) per gli illeciti amministrativi in esame (artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f.) si discosta sensibilmente da quello del d.lgs. n. 231 del 2001 in ordine agli illeciti amministrativi dipendenti da reato: sono infatti devolute ad un organo amministrativo (la Consob) — e non al giudice penale — la cognizione dell'illecito e l'irrogazione delle relative sanzioni, mentre la procedura da seguire è piuttosto amorfa (P. CORSO); la disciplina del ricorso, davanti alla corte d'appello, contro il provvedimento che applica le sanzioni amministrative è stata invece diffusamente integrata dal d.lgs. 12 maggio 2015 n. 72. L'*iter* sanzionatorio è informato ad una serie di principi (comma 2 dell'art. 187-*septies*) la cui concretizzazione sembra demandata — così è dato desumere implicitamente dalla suddetta norma — al potere regolamentare della Consob medesima; la disposi-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

zione in parola, meramente programmatica (FIDELBO), prevede che il procedimento sanzionatorio « è retto dai principi »:

1) del contraddittorio;
2) della conoscenza degli atti istruttori;
3) della verbalizzazione;
4) della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

La notizia delle operazioni che possono integrare i reati e gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato possono essere acquisite dalla Consob vuoi esercitando i numerosi poteri informativi previsti dall'art. 187-*octies* t.u.b., vuoi — con specifico riferimento ai reati — tramite le informazioni provenienti dal pubblico ministero e destinate al presidente dell'*authority* (art. 187-*decies* comma 1 t.u.f.), vuoi grazie allo « scambio di informazioni » con l'autorità giudiziaria — finalizzate a « agevolare l'accertamento delle violazioni di cui al [titolo I-*bis* della parte quinta del t.u.f.] anche quando queste non costituiscono reato » — tra le quali vengono in rilievo i documenti, i dati e le notizie acquisite dalla Guardia di finanza « nei modi e con le forme » previste dalle normative sull'I.v.a. e sull'accertamento delle imposte sui redditi (art. 187-*decies* comma 3 t.u.f.).

La Consob « compie tutti gli atti necessari all'accertamento delle violazioni delle disposizioni contenute nel regolamento (UE) n. 596/2014 e nel [titolo I-*bis* della parte quinta del t.u.f.] » (art. 187-*octies* comma 2 t.u.f.) e — nel corso della sua attività istruttoria — può, « nei confronti di chiunque possa essere informato sui fatti », richiedere dati, notizie, documenti, registrazioni telefoniche o di comunicazioni elettroniche esistenti, effettuare ispezioni, procedere — previa autorizzazione del procuratore della Repubblica — al sequestro dei beni oggetto di confisca *ex* art. 187-*sexies* t.u.f. e a perquisizioni (nei modi previsti dalla legislazione sull'I.v.a. e sull'accertamento delle imposte sui redditi), chiedere — sempre previa autorizzazione del procuratore della Repubblica — l'acquisizione presso il fornitore dei dati relativi ad abbonati e utenti di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico o acquisire direttamente tali dati mediante connessione telematica (v. art. 187-*octies* commi 4 lett. *b* e 5 t.u.f.); si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni processualpenalistiche sulla facoltà di astensione dei prossimi congiunti dall'obbligo di testimoniare, sul segreto professionale, d'ufficio e di Stato, nonché sugli informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza (artt. 199, 200, 201, 202 e 203 c.p.p. richiamati dall'art. 187-*octies* comma 7 t.u.f.). Trattasi di poteri di indagine

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

alquanto penetranti — ne sono stati citati, in questa sede, solo taluni di particolare rilevanza (per l'elenco completo v. l'art. 187-*octies* t.u.f.) — per il cui esercizio la Consob può avvalersi della Guardia di finanza, che « esegue gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad essa attribuiti ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi » (art. 187-*octies* comma 12 t.u.f.).

I risultati della suddetta attività istruttoria confluiscono nella « contestazione degli addebiti agli interessati » (art. 187-*septies* comma 1 t.u.f.): da questa formula si evince che il procedimento è celebrato in via cumulativa (PAOLOZZI) contro la persona fisica — accusata degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* t.u.f. — e l'ente al quale quest'ultima appartiene. La contestazione è effettuata entro centottanta giorni dall'accertamento oppure entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede (persona fisica) o ha la sede (persona giuridica) all'estero; dalla notifica della contestazione decorre il termine di trenta giorni per presentare deduzioni e, nello stesso termine, gli interessati (persona fisica ed ente per mezzo del suo rappresentante legale) possono « chiedere un'audizione personale in sede di istruttoria, cui possono partecipare anche con l'assistenza di un avvocato » (art. 187-*septies* comma 1 t.u.f., così come sostituito dal d.lgs. n. 72 del 2015). Le regole di garanzia del procedimento sono alquanto flebili; è problematico stabilire se la notifica della contestazione in parola debba contenere anche l'avviso di deposito dei verbali degli atti istruttori (e del relativo avvertimento della facoltà di prenderne visione ed estrarne copia): il declamato principio della « conoscenza degli atti istruttori » (*ex* art. 187-*septies* comma 2 t.u.f.) dovrebbe — il condizionale è d'obbligo — deporre in tale senso. Il « contraddittorio », inizialmente cartolare, può poi realizzarsi con l'ascolto personale dell'interessato — in sede istruttoria — che abbia richiesto di comparire davanti alla Consob (art. 187-*septies* comma 1 secondo periodo t.u.f.); si tratta di una semplice facoltà di interloquire, con l'eventuale assistenza di un legale, davanti all'accusatore e, pertanto, il principio in parola è svilito a mero simulacro di quello tipico del processo penale, davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

All'esito di questa procedura — nella quale la « distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie » è nulla più che un *interna corporis* alla Consob — quest'ultima, se reputa la sussistenza dell'illecito amministrativo, applica, con provvedimento motivato, le sanzioni alla persona fisica e all'ente (di cui agli artt. 187-*bis*, 187-*ter* e 187-*quinquies* comma 1 t.u.f.).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'estratto del provvedimento con cui è applicata la sanzione è pubblicato « senza ritardo » nel sito internet dell'autorità di vigilanza, « in conformità alla normativa europea di riferimento » (ma la Consob medesima può stabilire modalità ulteriori per pubblicizzare la sua decisione, laddove la natura delle violazioni e gli interessi coinvolti lo richiedano). L'*authority* può disporre la pubblicazione in *forma anonima* del provvedimento sanzionatorio quando da quella ordinaria potrebbero derivare taluni *pericula* (per « la stabilità dei mercati finanziari » o per « lo svolgimento di un'indagine penale in corso » o, ancora, che comportino « un danno sproporzionato ai soggetti coinvolti, purché tale danno sia determinabile »), oppure, se la pubblicazione ha per oggetto dati personali, qualora « appaia sproporzionata rispetto alla violazione sanzionata » (art. 195-*bis* commi 1 e 2 t.u.f.); la pubblicità del provvedimento sanzionatorio può essere rimandata se le suddette situazioni rivestono « carattere temporaneo » (comma 3 dell'art. 195-*bis* t.u.f.) e addirittura esclusa in presenza di determinati presupposti (v., per i dettagli, il comma 3-*bis* dell'art. 195-*bis* t.u.f.).

Il provvedimento di applicazione delle sanzioni è impugnabile, con ricorso in opposizione, davanti alla Corte di appello civile; la procedura — *ex* art. 187-*septies* commi 4-6-*ter* t.u.f. — contempla le modalità per la presentazione del ricorso, gli effetti di quest'ultimo, l'attività preliminare all'udienza e lo svolgimento della medesima, il contenuto della sentenza; copia della decisione è trasmessa alla Consob « anche ai fini della pubblicazione » di cui all'art. 195-*bis* t.u.f. (art. 187-*septies* comma 7 t.u.f.).

In conclusione, la maggiore celerità del procedimento amministrativo nei confronti di quello penale, la conseguente "prontezza" dell'irrogazione della sanzione amministrativa, la spiccata predilezione per il tecnicismo amministrativo rispetto alla cognizione giurisdizionale (GARGANI) sono i fattori che cospirano per la centralità del ruolo dell'autorità di vigilanza nel contrasto del *market abuse* (P. CORSO). La Consob è funzionalmente investita dell'attività investigativa — stretta è, in questa prospettiva, la collaborazione con il pubblico ministero — e competente ad irrogare le sanzioni nel procedimento amministrativo; nell'ambito di quest'ultimo l'*authority* cumula poteri istruttori e decisori: dunque, le istanze di "effettività" della repressione degli illeciti dei mercati finanziari guidano il legislatore a configurare un meccanismo (di accertamento e sanzionatorio) estraneo alla ripartizione dei ruoli e, in ultima analisi, alle garanzie tipiche della giurisdizione penale.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Come è stato sottolineato, il « carattere asseritamente 'unitario' dell'accertamento amministrativo e penale non può [...] fungere da alibi per depotenziare le garanzie e ammettere [...] la circolazione di prove non formate secondo i rigorosi standard processual-penalistici, il che rappresenta una delle non poche menomazioni del diritto di difesa tuttora configurabili nel procedimento sanzionatorio amministrativo Consob, senza contare che l'Autorità di vigilanza sui mercati continua a rivestire una pluralità di ruoli difficilmente giustificabile sul piano sistematico » (BASILE).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Capitolo Venticinquesimo

CENNI SULL'AMMINISTRAZIONE E IL CONTROLLO GIUDIZIARI DELLE AZIENDE NELLA NORMATIVA ANTIMAFIA

Sommario: 1. L'antimafia "in" azienda; l'amministrazione giudiziaria. — 2. Il controllo giudiziario delle aziende.

1. L'antimafia "in" azienda; l'amministrazione giudiziaria.

La l. 17 ottobre 2017 n. 161 ha apportato numerose modifiche al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, meglio noto come "codice antimafia"; tra le misure degne di nota spiccano — con riferimento al settore delle imprese — l'amministrazione e il controllo giudiziari (previsti, rispettivamente, dagli artt. 34 e 34-*bis* del cit. "codice"); esse sono finalizzate a rimuovere infiltrazioni e condizionamenti criminali delle attività aziendali: la prima è stata ampiamente rivisitata, il secondo introdotto dalla l. n. 161 del 2017 (e poi parzialmente modificato dalla l. 29 dicembre 2021 n. 233). Entrambe presentano assonanze e talune intersezioni con gli strumenti del d.lgs. n. 231 del 2001; è pertanto necessaria una (sintetica) esposizione della disciplina regolatrice, muovendo da una fondamentale premessa. Si è al cospetto di istituti annoverati tra le *misure di prevenzione patrimoniali* (« diverse dalla confisca »: così recita la rubrica del capo quinto del titolo secondo del d.lgs. n. 159 del 2011) e, come tali, fondati su requisiti che — lo si vedrà tra breve — *non coincidono affatto con la commissione*, accertata dal giudice in sentenza, *di un reato*; ciò scolpisce la differenza con il commissariamento giudiziale di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 231 del 2001 (v., *supra*, cap. XI, § 9), ossia la misura sostitutiva vuoi di una sanzione interdittiva — suscettibile di determinare l'interruzione dell'attività dell'ente — *irrogabile a seguito di sentenza di condanna* per uno dei reati-presupposto di cui agli artt. 24 ss. del d.lgs. n. 231 del 2001, vuoi di una misura cautelare (interdittiva), applicabile con ordinanza, verificata la sussistenza delle condizioni di cui agli artt. 45 e 13 del predetto decreto.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'amministrazione giudiziaria (art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011) e il controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis* del medesimo) perseguono l'obiettivo di assicurare la *continuità dell'azienda*, "contaminata" dalla criminalità organizzata, scongiurando — al tempo stesso — il ricorso a misure più drastiche quali il sequestro e la confisca; entrambi gli istituti fanno perno sui poteri e sui controlli, esercitati dalla figura dell'amministratore giudiziario, intesi a "bonificare" l'azienda e a ricondurla nell'alveo della legalità tramite l'eliminazione dei rischi di infiltrazioni criminali; tutto ciò in un contesto di assenza di cesure nell'attività dell'azienda stessa. L'intento è quello di recidere il cordone ombelicale tra « imprese inquinate e criminalità mafiosa, in vista di un reinserimento — una volta verificata la realizzazione di un'adeguata *compliance* organizzativa diretta a scongiurare il rischio di future 'ricadute' — il più rapido possibile delle imprese nel normale circuito economico produttivo » (Visconti). Dunque, per differenti "gradazioni" di coinvolgimento dell'impresa con la criminalità mafiosa il legislatore appresta meccanismi altrettanto differenziati: se per i casi più gravi — cioè cespiti aziendali ritenuti frutto o reimpiego di attività illecite — la risposta è quella dell'esproprio pubblico (tramite sequestro e confisca), per le situazioni di imprese fondamentalmente sane, ma intaccate da forme di infiltrazione e condizionamento criminale, il "trattamento" è terapeutico, in un'ottica di « collaborazione tra pubblico e privato a difesa della libertà d'impresa » (Visconti); così, all'arsenale delle misure di prevenzione patrimoniali "classiche" il tribunale attinge, anche d'ufficio, per fronteggiare i casi di imprese *tout-court* mafiose, utilizzando il sequestro (art. 20 del d.lgs. n. 159 del 2011) e la confisca (art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011), mentre, al cospetto di realtà d'impresa solo "contaminate" (Menditto), può ricorrere a strumenti conservativi, in parte anche inediti, connaturati da proprietà "curative" (per l'appunto, l'amministrazione e il controllo giudiziari).

Accenniamo ora ai tratti salienti dell'amministrazione giudiziaria delle aziende: presupposti, procedura, finalità e contenuti (art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011).

I presupposti di carattere *positivo* esigono che, a seguito di peculiari accertamenti (ad esempio, indagini patrimoniali o acquisizione di informazioni per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa), emergano *sufficienti indizi* per « ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale »:

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— sia « direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento » delle associazioni di tipo mafioso, oppure

— possa « comunque agevolare » — in maniera *stabile* e non occasionale (VISCONTI) — l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale (di cui agli artt. 6 e 24 del d.lgs. n. 159 del 2011), ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per determinati delitti (elencati nel comma 1 del cit. art. 34).

Il presupposto *negativo* contempla l'insussistenza delle condizioni per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali più gravi (MENDITTO), cioè quelle ablative (sequestro e confisca).

Accertati tali requisiti, il tribunale *competente per l'applicazione delle misure di prevenzione* — su richiesta del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto « ove dimora la persona » (*ex* art. 17 comma 1 del d.lgs. n. 159 del 2011: se si tratta di un'azienda, il riferimento dovrebbe intendersi alla sua sede principale), o del procuratore nazionale antimafia, o del questore o del responsabile della direzione nazionale antimafia — dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende per un periodo non superiore a un anno (prorogabile, di sei mesi in sei mesi, fino a un massimo di due anni, su richiesta del pubblico ministero, o anche d'ufficio, in presenza di determinate condizioni), nominando contestualmente un giudice delegato e un amministratore giudiziario; il provvedimento è « eseguito sui beni aziendali con l'immissione dell'amministratore nel possesso e con l'iscrizione nel registro tenuto dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel quale è iscritta l'impresa ».

L'obiettivo consiste nell'attuazione di un « programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate » e nella « rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura »: l'amministratore giudiziario lo persegue avvalendosi di « tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti [...] sulle aziende » oggetto della misura e, laddove si tratti di « imprese esercitate in forma societaria », egli può utilizzare i « poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale, *tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa* [corsivo di chi scrive] » (art. 34 commi 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011). Ci si trova dunque in presenza di una intromissione gestionale, con l'amministratore giudiziario che — in analogia al commissario giudiziale di cui all'art. 15 della normativa sulla responsabilità da reato degli enti — subentra ai vertici della società "con-

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

taminata" dalla mafia; la sospensione della titolarità dei poteri di gestione è modulata sulle e dalle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, in un contesto in cui la neutralizzazione del condizionamento criminale costituisce lo scopo ultimo (VISCONTI); la giurisprudenza di merito ha precisato che l'amministrazione giudiziaria « comporta un intervento nella gestione societaria che non implica necessariamente l'impossessamento totale dell'attività imprenditoriale e l'assunzione integrale dei poteri di gestione, ma prevede la facoltà — e non l'obbligo — per l'amministratore giudiziario di esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione ed agli altri organi sociali, secondo le modalità stabilite dal tribunale. In sostanza, dunque, è il tribunale che deve valutare le concrete modalità di intervento, all'esito di una verifica del grado di infiltrazione delittuosa e tenendo conto della necessità di salvaguardare la continuità aziendale ed i livelli occupazionali » (così, Trib. Milano, 15 gennaio 2024). Al fine di rimuovere le « situazioni di fatto e di diritto » all'origine della misura — e di concretizzare il « programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate » — l'amministratore potrà fare ricorso agli strumenti tipici del d.lgs. n. 231 del 2001: adottare un modello di organizzazione e gestione i cui protocolli saranno concepiti (soprattutto) per prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata (si pensi alla selezione dei clienti e dei fornitori), nominare un organismo di vigilanza interno per il controllo sulla applicazione del *compliance program*. Nel caso il « programma » in questione necessiti, per essere completato, di un periodo di tempo superiore a un anno, la relazione dell'amministratore giudiziario — al giudice delegato (*ex* art. 36 del d.lgs. n. 159 del 2011) e al pubblico ministero — costituisce il presupposto per la richiesta di proroga della misura da parte della pubblica accusa (ma il tribunale può provvedere in tal senso anche d'ufficio).

L'approdo positivo della misura — la decontaminazione dell'azienda dall'inquinamento mafioso — propizia, « entro » la scadenza del termine di durata della medesima, la sua revoca « ed eventualmente la contestuale applicazione del controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis* » (art. 34 comma 6 del d.lgs. n. 159 del 2011): in un'ottica di *proporzionalità*, il sistema prevede pertanto che alla misura più invasiva (l'amministrazione giudiziaria) possa subentrare, nel prisma di una valutazione giurisdizionale "allo stato degli atti" (quindi, anche prima della naturale scadenza), la supervisione *esterna* all'azienda (il controllo giudiziario).

Al contrario, la palesata necessità di proseguire l'opera di risanamento dischiude le porte al provvedimento di proroga dell'amministrazione giudiziaria. Sullo sfondo, come *extrema ratio* per le situazioni di

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

"irriducibilità", la confisca dei beni dei quali « si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego » rappresenta la disposizione di chiusura del sistema (art. 34 comma 6 del d.lgs. n. 159 del 2011).

Nella prassi, lo strumento dell'amministrazione giudiziaria delle aziende ha registrato ultimamente un'applicazione che pare più estesa di quella degli istituti del d.lgs. n. 231 del 2001: cospira in tale senso la maggiore duttilità — vuoi dei presupposti, vuoi della procedura — delle misure di prevenzione patrimoniali. Gli uffici giudiziari milanesi, che furono all'avanguardia per il frequente utilizzo della normativa sulla responsabilità degli enti da reato, hanno fatto ricorso allo strumento *ex* art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011 nei confronti di primarie aziende nazionali nei settori della grande distribuzione, della logistica-trasporti e dell'alta moda (e, probabilmente — la vicenda giudiziaria è ancora aperta mentre si completa quest'Opera —, dei *club* calcistici meneghini). Esemplificativa la vicenda di un'impresa, *brand* dell'abbigliamento di lusso, che subappaltava a stabilimenti di produzione effettiva e non autorizzata (per lo più, opifici cinesi con forte presenza di « lavoratori stranieri irregolari, sia dal punto di vista lavorativo, sia residenziale »: Catino) nei quali la lavorazione avveniva « in condizione di sfruttamento (pagamento sotto soglia, orario di lavoro non conforme, ambienti di lavoro insalubri), in presenza di gravi violazioni in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (omessa sorveglianza sanitaria, omessa formazione e informazione) nonché ospitando la manodopera in dormitori realizzati abusivamente ed in condizioni igienico sanitarie sotto minimo etico » (Il Sole 24Ore). Legittimi quindi i « dubbi sull'efficacia dei programmi e dei sistemi di controllo, sia interni all'impresa (corporate compliance), sia esterni (enti e istituzioni deputate al controllo) »; con palmare contraddizione tra « le teorie dichiarate (sistemi di gestione e controllo, sistemi di certificazione per la sostenibilità, codici etici) e le teorie in uso (il reale sistema di lavoro della subfornitura), dove le prime servono a produrre rassicurazioni formali ai controlli esterni, anche se prive di qualsiasi efficacia. Nel silenzio dei controllori, sembra che soltanto la magistratura sia in grado di fungere da attore di controllo sociale, e questo è certamente un segnale preoccupante » (Catino).

La giurisprudenza di merito ha stabilito, nel caso citato ad esempio, che nonostante « la società non controlli effettivamente la catena produttiva, verificando nel concreto la reale capacità imprenditoriale delle altre compagini con cui stipula i contratti di fornitura e le

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

modalità di produzione adottate, la circostanza di essere inerte di fronte ad esternalizzazioni di produzioni da parte delle società fornitrici — omettendo di assumere iniziative di verifica della filiera dei sub appalti — realizza quanto meno sul piano del rimprovero colposo quella condotta agevolatrice richiesta dall'art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011 ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria » (Trib. Milano, 3 aprile 2024). In conclusione, l'autorità giudiziaria ha preferito ricorrere all'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, piuttosto che intraprendere il complesso *iter* di accertamento previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 e avvalersi dei relativi istituti cautelari e sanzionatori.

2. Il controllo giudiziario delle aziende.

Riflette l'approccio di politica criminale vòlto a dosare l'intervento giudiziario nei confronti delle realtà produttive esposte al rischio di infiltrazioni mafiose l'istituto, di nuovo conio, del controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159 del 2011 e successive modifiche *ex* l. n. 233 del 2021). I suoi presupposti applicativi rimandano in parte — con una tecnica legislativa di rinvio piuttosto approssimativa — a quelli previsti dal comma 1 dell'art. 34 (del cit. d.lgs.) per l'amministrazione giudiziaria (v. § precedente), differenziandosene per tasso di gravità: « quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività ». L'*occasionalità* dell'agevolazione — ad opera dell'azienda — delle attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale (oppure di soggetti sottoposti a procedimento penale per taluni delitti) rappresenta l'indice di esposizione a un rischio di contagio più lieve di quello che legittima lo spossessamento della gestione (cioè l'amministrazione giudiziaria); si tratta di un'agevolazione occasionale « corredata però da indicatori fattuali che evidenzino un pericolo concreto di reiterazione » (Visconti); devono infatti sussistere:

— « circostanze di fatto » dalle quali si possa desumere il
— « pericolo concreto di infiltrazioni mafiose » che
— si rivelino « idonee a condizionar[n]e l'attività [della azienda] »

(art. 34-*bis* comma 1 del d.lgs. n. 159 del 2011).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Il tribunale competente (per l'applicazione delle misure di prevenzione) può adottare un provvedimento, la cui durata non può essere inferiore a un anno né superiore a tre, in due differenti versioni, modulate sulla incisività dei controlli:

a) quella *soft* si concretizza nell'imposizione, agli amministratori dell'azienda, di obblighi di comunicazione periodica — al questore e al nucleo di polizia tributaria — relativi a transazioni « di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale » (per i dettagli, v. art. 34-*bis* comma 2 lett. *a* del d.lgs. n. 159 del 2011);

b) la variante *hard* contempla la nomina di un « amministratore giudiziario » (e di un giudice delegato) i cui compiti di mero « controllo » — non si tratta infatti di sostituzione gestoria nella conduzione dell'azienda, la quale continuerà a operare sotto la direzione dei suoi titolari — sono stabiliti dal tribunale (il quale potrà altresì valutare se adottare il provvedimento in parola in sostituzione delle — precedentemente applicate — misure amministrative prefettizie di prevenzione collaborativa, il presupposto delle quali resta comunque l'agevolazione occasionale dell'infiltrazione mafiosa: v. artt. 34-*bis*, comma 1, secondo periodo e 94-*bis* commi 1 e 3 del d.lgs. n. 159 del 2011); quest'ultimo può imporre *all'ente* obblighi del seguente tenore:

— divieto di intraprendere azioni, senza l'autorizzazione del giudice delegato, che si risolvano in vicende "modificative" (in senso lato) dell'azienda;

— adempimento dei doveri informativi, nei confronti dell'« amministratore giudiziario », dettagliati dal comma 2 lett. *a* della norma in esame;

— doveri di informare preventivamente l'« amministratore giudiziario » a proposito di « eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi »;

— adozione ed efficace attuazione di « misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* [del d.lgs. n. 231 del 2001] »: il *compliance program* può dunque essere prescritto alla stregua di un insieme di procedure intese a scongiurare il rischio di infiltrazioni mafiose (nonostante il richiamo, *sub* specie di « misure organizzative », all'art. 24-*ter* del d.lgs. n. 231 del 2001 — il quale elenca semplicemente i reati-presupposto di criminalità organizzata — evidenzi, ancora una volta, l'approssimazione della tecnica legislativa);

— assunzione di « qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi » (art. 34-*bis* comma 3 lett. *a-e* del d.lgs. n. 159 del 2011).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

L'« amministratore giudiziario » — che, come anticipato, in realtà nulla "amministra" in quanto, a differenza della misura di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 159 del 2011, l'istituto in questione si risolve in una forma di supervisione *extramoenia* — riferisce periodicamente gli esiti della propria attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero (ma la verifica sul corretto adempimento degli obblighi poco sopra descritti può essere affidata dal tribunale direttamente alla polizia giudiziaria: v. art. 34-*bis* comma 4 del d.lgs. n. 159 del 2011). E l'accertata violazione di una o più prescrizioni, o il verificarsi dei « presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 34 », legittimano la conversione *in peius* della misura — cioè a dire, l'amministrazione giudiziaria dell'azienda — che può essere discrezionalmente disposta dal tribunale. Viceversa, l'esito positivo del controllo giudiziario può essere sottoposto — prima della scadenza del termine finale della misura — con una istanza di revoca, da parte del titolare dell'attività, al vaglio del tribunale (che decide, in udienza camerale, con le forme di cui all'art. 127 c.p.p.).

Da segnalare, infine, che le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva (*ex* art. 84 comma 4 del d.lgs. n. 159 del 2011), le quali « abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto », possono richiedere al tribunale l'applicazione del controllo giudiziario (art. 34-*bis* comma 6 del d.lgs. n. 159 del 2011; Cass. sez. un. 26 settembre 2019, Igeco Costruzioni s.p.a., ha chiarito che il provvedimento con cui il giudice della prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario è impugnabile di fronte alla corte d'appello da parte dell'impresa interessata).

In altri termini, i suddetti enti possono tornare ad avere rapporti con la pubblica amministrazione (fino a quel momento preclusi dalla documentazione antimafia di tenore negativo) « sottoponendosi volontariamente al controllo giudiziario disposto dal tribunale » (Visconti): un'interpretazione confortata dalla Suprema corte, per la quale l'istituto in parola consiste « nell'accertamento della occasionalità dell'infiltrazione mafiosa che permette il recupero dell'azienda al circuito imprenditoriale sano in virtù della valutazione esperita dal giudice della prevenzione » (Cass. 15 settembre 2023, n. 40920; sull'importanza del giudizio prognostico relativo alla possibilità di positiva evoluzione della realtà aziendale attinta dal provvedimento prefettizio, Id. 6 aprile 2023, n. 22395).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

INDICE ANALITICO

(I capitoli sono indicati in numeri romani, i paragrafi in numeri arabi)

A

Amministratore
— componente del consiglio di amministrazione, V, 5.
— componente del consiglio di gestione, V, 5.
— componente del consiglio di sorveglianza, V, 5.
— di fatto, V, 5.
— dipendente, V, 5.
— indipendente, VIII, 3.
— non delegato, V, 5.

Amnistia
— VI, 8; XVIII, 4; XX, 4.

Anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative
— certificati, XXII, 8.
— competenza sulle questioni relative alle iscrizioni e ai certificati, XXII, 8.
— eliminazione delle iscrizioni, XXII, 7.
— iscrizione, XXII, 7.
— istituzione, XXII, 7.

Anticorruzione
— Autorità nazionale anticorruzione (v. *Autorità di controllo o di vigilanza*).
— istituti, VII, 19.
— piano integrato di attività e organizzazione della pubblica amministrazione, VII, 19.
— piano nazionale anticorruzione, VII, 19.
— piani triennali per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, VII, 19.
— responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, VII, 19; VIII, 8.
— soggetti istituzionali, VII, 19.

Antimafia
— amministrazione giudiziaria delle aziende, XXV, 1.
— controllo giudiziario delle aziende, XXV, 2.

Appello (v. *Impugnazioni*).

Applicazione della sanzione su richiesta
— e confisca, XIX, 12, 14.
— effetti premiali, XIX, 14.
— impugnazioni, XIX, 14.
— iscrizioni relative alle sentenze di, XIX, 14; XXII, 7.
— poteri del giudice, XIX, 13.
— presupposti, XIX, 11.
— richiesta, XIX, 12.

Archiviazione
— decreto motivato di, XVIII, 4.
— presupposti, XVIII, 4.
— riapertura delle indagini, XVIII, 4.

Assicurazioni (v. *Banche*).

Associazioni
— rappresentative degli enti, VII, 15.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Autonomia della responsabilità dell'ente (v. *Responsabilità amministrativa degli enti*).
Autore del reato
— commissione del reato nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, V, 4.
— mancanza di una condizione di procedibilità, XIV, 3.
— riunione di procedimenti, XIV, 2.
— soggetti apicali, V, 5; VII, 1.
— soggetti subordinati, V, 6; X, 1.
v. anche *Responsabilità amministrativa degli enti; Soggetti*.
Autorità di controllo o di vigilanza
— anticorruzione, VII, 19.
— atti amministrativi, II, 8.
— comunicazioni alle, XXIII, 5.
— poteri, XXIII, 3, 5.
— procedura sanzionatoria (per abusi di mercato), XXIV, 2.
— sanzioni (v. *Sanzioni amministrative*).
Autorità nazionale anticorruzione
— (v. *Autorità di controllo o di vigilanza*).
Avviso di conclusione delle indagini preliminari
— e contestazione dell'illecito, XVIII, 5.
— notificazione, XVIII, 4.
Azienda
— cessione di, XII, 6.
— conferimento di, XII, 6.
— estinzione, XII, 7.
Azione civile (v. *Parte civile*).
Azione penale (v. *Fonti: Costituzione; Contestazione dell'illecito amministrativo*).

B

Banca d'Italia (v. *Autorità di controllo o di vigilanza*).
Banche
— modelli di organizzazione, VII, 4, 5.
— deroghe alla disciplina processuale per le, XXIII.
v. anche *Organismo di vigilanza*.
Beni (v. *Confisca*).

C

Cause di non punibilità (v. *Responsabilità amministrativa degli enti*).
Cauzione
— riparazione delle conseguenze del reato, XX, 3.
— sospensione delle misure cautelari, XVI, 13.
v. anche *Condotte riparatorie*.
Cessione di azienda (v. *Azienda*).
Civilmente obbligato per la pena pecuniaria (v. *Procedimento: estensione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato*).
Codice dei contratti pubblici
— cause di esclusione dalle pubbliche gare, II, 4; VII, 3.
Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza
— gestione dell'impresa, VII, 3.
Codice etico
— di gruppo, VII, 14.
— natura e funzioni, VII, 10.
Codici di comportamento
— comunicazione al ministero della giustizia, VII, 16.
— efficacia, VII, 16.
— funzioni, VII, 16.
— parere della Consob, VII, 16.
— parere dell'Uif, VII, 16.
— redazione, VII, 16.
v. anche *Modelli di organizzazione*.
Commissario giudiziale
— compiti e poteri, XI, 9; XXII, 5.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— inapplicabilità, XXIII, 1, 3.
— nomina, XVI, 12; XXII, 5.
— presupposti, XI, 9.
— stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, XI, 9.
v. anche *Antimafia: amministrazione giudiziaria delle aziende.*

Commissione nazionale per la società e la borsa (Consob) (v. *Autorità di controllo o di vigilanza*).

Competenza
— del giudice dell'esecuzione, XXII, 2.
— determinazione della, XIV, 1.
— in materia cautelare, XVI, 7.

***Compliance* "integrata"** (v. *Modelli di organizzazione*).

Compliance programs (v. *Modelli di organizzazione*).

Concorso
— di persone nel reato, I, 3.
— di reati (v. *Pluralità di illeciti*).

Condizioni di procedibilità
— mancanza, XIV, 3.
— sentenza di non doversi procedere, XX, 5.
— sentenza di non luogo a procedere, XVIII, 7.

Condotte riparatorie
— commisurazione della sanzione pecuniaria, XI, 2.
— condizioni, XI, 7.
— e applicazione della sanzione su richiesta, XIX, 10.
— e giudizio abbreviato, XIX, 5.
— inapplicabilità delle sanzioni interdittive, XI, 7.
— nell'esecuzione, XXII, 4.
— riduzione della sanzione pecuniaria, XI, 3.
— sospensione delle misure cautelari, XVI, 13.
— termine per provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato, XX, 3.

Confisca
— beni confiscabili (appartenenza dei), XI, 14.
— commissario giudiziale, XI, 9.
— competenza del giudice dell'esecuzione, XXII, 2.
— del prezzo o del profitto del reato, VII, 2; XI, 12.
— e applicazione della sanzione su richiesta, XIX, 12, 14.
— e procedimento per decreto, XIX, 17.
— illeciti amministrativi (abusi di mercato), XXIV, 1.
— inosservanza delle sanzioni interdittive, XI, 10.
— per equivalente, XI, 12.
— profitto confiscabile (nozione di), XI, 13.
— riparazione delle conseguenze del reato, XI, 7.
— sentenza di condanna, XI, 12; XX, 7.
— sequestro preventivo, XVII, 1, 2.
— stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, XI, 12.
v. anche *Sanzioni amministrative*.

Connessione (v. *Competenza; Riunione e separazione*).

Contestazione dell'illecito amministrativo
— contenuti, XVIII, 5.
— decadenza dalla, XVIII, 6.
— decreto che dispone il giudizio, XVIII, 8.
— formulazione dell'imputazione, XVIII, 5.
— interruzione della prescrizione, XI, 17.

Contumacia
— mancata costituzione dell'ente

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

(conseguenza della), XIV, 5, 6; XVIII, 7.
v. anche *Procedimento*.
Costituzione
— partecipazione dell'ente al procedimento, XIV, 4.
Crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente
— privilegio, XII, 1.
Criminalità organizzata (v. *Reati-presupposto*).

D

Danneggiato dal reato (v. *Parte civile*).
Danno
— patrimoniale di particolare tenuità, XI, 3.
— risarcimento del, XI, 3, 7.
Decreto
— che dispone il giudizio, XVIII, 8.
— di sospensione dell'esecuzione della sanzione interdittiva, XXII, 2, 4.
v. anche *Archiviazione; Procedimento per decreto*.
Dibattimento (v. *Giudizio*).
Dichiarazione di domicilio (v. *Procedimento: notificazioni; rappresentanza dell'ente*).
Difensore
— diritti del, XIV, 8.
— in materia cautelare, XVI, 8, 9.
— d'ufficio, XIV, 5,6,8.
— patrocinio a spese dello Stato, XIV, 8.
— nomina, XIV, 4, 5, 8, 9.
— poteri di rappresentanza, XIV, 4.
Difesa (v. *Difensore*).
Divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (v. *Sanzioni interdittive; Misure cautelari interdittive*).
Divieto di pubblicizzare beni o servizi (v. *Sanzioni interdittive; Misure cautelari interdittive*).

E

Enti
— associazioni in partecipazione, III, 1.
— associazioni riconosciute (e non), III, 1.
— associazioni temporanee di imprese, III, 1.
— autorità indipendenti, III, 1.
— comitati, III, 1.
— comunioni e condomini, III, 1.
— consorzi, III, 1.
— enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, III, 1.
— enti con sede principale all'estero, III, 4.
— enti ecclesiastici, III, 1.
— enti pubblici associativi, III, 1.
— enti pubblici non economici, III, 1.
— enti pubblici territoriali, III, 1.
— fondazioni, III, 1.
— fondi, III, 1.
— gruppi di imprese, V, 7.
— impresa familiare, III, 1
— impresa individuale, III, 1.
— istituzioni di carattere privato, III, 1.
— mutue assicuratrici, III, 1.
— organizzazioni non lucrative, III, 1.
— società cooperative, III, 1.
— società fiduciarie, III, 1.
— società a base personale, III, 1.
— società di capitali, III, 1.
— società di fatto, III, 1.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— società sportive, VII, 3.
— Stato, III, 1.
Esclusione o revoca da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi (v. *Sanzioni interdittive; Misure cautelari interdittive*).
Esecuzione della pena
— conversione delle sanzioni interdittive, XXII, 4.
— esecuzione delle sanzioni interdittive, XXII, 4.
— esecuzione delle sanzioni pecuniarie, XXII, 3.
— giudice competente, XXII, 2.
— nomina del commissario giudiziale e confisca del profitto dell'illecito, XXII, 5.
— procedimento di esecuzione, XXII, 2.
— pubblicazione della sentenza di condanna, XXII, 6.

F

Fonti del (sistema) della responsabilità amministrativa degli enti
— atti amministrativi, II, 7, 8.
— atti internazionali, II, 2.
— Costituzione, II, 5.
— leggi regionali, II, 7.
— leggi statali, II, 4, 6.
— normativa comunitaria, II, 2, 3.
Fusione dell'ente
— determinazione delle sanzioni, XII, 3, 5.
— partecipazione dell'ente al processo, XIV, 4.
— reiterazione degli illeciti, XII, 5.
— responsabilità, XII, 3.
— sentenza, XX, 8.

G

Giudice (v. *Fonti: Costituzione; Procedimento: attribuzioni del giudice penale*).
Giudizio
— regole generali, XX, 1.
Giudizio abbreviato
— epiloghi, XIX, 9.
— impugnazioni, XIX, 9.
— legittimazione alla richiesta, XIX, 6.
— presupposti, XIX, 4.
— termini per la richiesta, XIX, 6.
— tipologie della richiesta, XIX, 7.
— udienza, XIX, 8.
Giudizio direttissimo
— presupposti, XIX, 18.
Giudizio immediato
— presupposti, XIX, 18.
Giurisdizione (v. *Procedimento; Reati commessi all'estero*).
Giusto processo (v. *Fonti: Costituzione*).
Gratuito patrocinio (v. *Difensore*).
Gruppi di imprese
— interesse di gruppo (nozione), V, 8.
v. anche *Enti* (*e responsabilità da reato*).

I

Illecito amministrativo dell'ente
— annotazione, XVIII, 2.
— contestazione (v. *Contestazione dell'illecito amministrativo*).
— improcedibilità dell'accertamento, XIV, 3.
— pluralità, XI, 16.
— prescrizione, XI, 17.
— reiterazione, XI, 15.

© Giuffrè Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— termini per l'accertamento, XVIII, 2.
Impresa "sostenibile" (v. *Modelli di organizzazione*).
Impugnazioni
— dei provvedimenti che applicano misure cautelari (v. *Misure cautelari interdittive; Misure cautelari reali*).
— delle sentenze relative alla responsabilità amministrativa dell'ente, XXI, 1, 3.
— estensione delle, XXI, 4.
— impugnabilità soggettiva ed oggettiva, XXI, 2, 3.
— revisione, XXI, 5.
Imputabilità
— dell'autore del reato, VI, 1.
Imputato (v. *Procedimento*).
Imputazione (v. *Contestazione dell'illecito amministrativo*).
Inammissibilità (v. *Costituzione*).
Incompatibilità
— a testimoniare, XV, 1, 3.
— del giudice (v. *Riunione e separazione*).
Indagini preliminari
— annotazione dell'illecito, XVIII, 2.
— avviso di conclusione delle indagini, (v. *Avviso di conclusione delle indagini preliminari*).
— disposizioni per le, XVIII, 1.
— durata, XVIII, 2.
— informazione di garanzia, XVIII, 3.
v. anche *Archiviazione; Contestazione dell'illecito amministrativo; Procedimento; Termine*.
Informazione di garanzia (v. *Indagini preliminari*).
Interdizione dall'esercizio dell'attività (v. *Sanzioni interdittive*).
Interesse dell'ente
— nozione, V, 2.
v. anche *Responsabilità amministrativa degli enti* (esimenti).
Intermediari finanziari (v. *Banche*).
Interrogatorio
— del rappresentante legale dell'ente, XV, 3.
Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (Ivass) (v. *Autorità di controllo o di vigilanza*).

M

Mercati
— cripto-attività, IV, 1.
Misure cautelari interdittive
— adempimenti esecutivi, XVI, 11.
— appello, XVI, 18.
— commissario giudiziale (nomina del), XVI, 12.
— condizioni di applicabilità, XVI, 3.
— contraddittorio preventivo, XVI, 9.
— criteri di scelta, XVI, 10.
— durata massima, XVI, 16.
— esigenze cautelari, XVI, 5.
— estinzione, XVI, 15, 16, 17.
— giudice competente, XVI, 7.
— gravi indizi, XVI, 4.
— iniziativa, XVI, 6.
— revoca, XVI, 15.
— ricorso per cassazione, XVI, 19.
— sospensione, XVI, 13.
— sostituzione, XVI, 14.
— tipologie, XVI, 2.
— udienza camerale, XVI, 8.
Misure cautelari reali
— sequestro conservativo, XVII, 6.
— — estinzione, XVII, 8.
— — presupposti, XVII, 7.
— — ricorso per cassazione, XVII, 9.
— — riesame, XVII, 9.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— sequestro preventivo, XVII, 1.
— — appello, XVII, 5.
— — custode amministratore giudiziario (nomina e competenze), XVII, 3.
— — esecuzione, XVII, 3.
— — estinzione, XVII, 4.
— — presupposti, XVII, 2.
— — procedimento di applicazione, XVII, 3.
— — ricorso per cassazione, XVII, 5.
— — riesame, XVII, 5.
Modello di organizzazione
— adozione, VII, 1, 2, 3, 4.
— aggiornamento, VII, 3, 5.
— commissario giudiziale, XI, 9; XX, 5.
— compliance "integrata", VII, 20.
— contenuti, VII, 5, 8.
— efficacia, VII, 3.
— elusione fraudolenta del, IX.
— enti di piccole dimensioni, VII, 15.
— finalità, I, 2; V, 1; VII, 1, 2, 5.
— formazione del personale, VII, 13.
— gruppo di imprese, VII, 14.
— gruppo internazionale, VII, 14.
— idoneità, VII, 3.
— impresa "sostenibile", VII, 20.
— metodologia di realizzazione, VII, 7.
— nesso causale (accertamento), VII, 1, 3; IX, 2.
— protocolli, VII, 4, 5, 7, 9.
— riduzione della sanzione pecuniaria, XI, 3.
— riparazione delle conseguenze del reato, XI, 7.
— sicurezza sul lavoro, VII, 17, 18.
— sistema disciplinare, VII, 11, 12.
— vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza, v. *Organismo di vigilanza*.
— whistleblowing, v. *Whistleblowing.*
v. anche *Anticorruzione; Codici di comportamento; Organismo di vigilanza*.

N

Ne bis in idem
— efficacia della legge nello spazio, III, 4.
Notificazioni
— all'ente, XIV, 7.
— dell'ordinanza cautelare, XVI, 11.
Notizia di reato (v. *Indagini preliminari*).

O

Organismo di vigilanza
— aggiornamento del modello di organizzazione (cura del), VIII, 7.
— banche (controllo nelle), VIII, 2.
— collegio sindacale, VIII, 2.
— compenso dei componenti, VIII, 4.
— composizione, VIII, 3.
— durata in carica, VIII, 4.
— enti di piccole dimensioni, VIII, 10.
— flussi informativi, VIII, 6.
— gruppo di imprese, VIII, 9.
— natura, VIII, 1.
— nomina, VIII, 4.
— obblighi di riporto, VIII, 8.
— organi di controllo interni, VIII, 2.
— regolamento interno, VIII, 4.
— requisiti, VIII, 1.
— responsabilità penale, VIII, 11.
— revoca, VIII, 4.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

— risorse economiche (*budget*), VIII, 4.
— vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello di organizzazione, VIII, 5, 6.
v. anche *Anticorruzione; Modelli di organizzazione; Whistleblowing.*

P

Parte civile
— costituzione (inammissibilità della), XIV, 10.
Patrocinio a spese dello Stato (v. *Difensore*).
Persona sottoposta alle indagini (v. *Procedimento*).
Pluralità di illeciti
— nozione, XI, 16.
v. anche *Illecito amministrativo dell'ente*.
Prescrizione dell'illecito amministrativo
— improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione, XI, 17.
— interruzione, XI, 17.
— termini di, XI, 17.
v. anche *Contestazione dell'illecito amministrativo; Illecito amministrativo dell'ente*.
Presunzione
— di non colpevolezza, I, 4; II, 5; VII, 1; XVI, 1, 5, 13; XVIII, 1.
Procedimento
— attribuzioni del giudice penale, XIV, 1.
— diritto di difesa, XIV, 4, 5, 6, 8, 9.
— disposizioni applicabili, XIII, 1.
— estensione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato, XIII, 2.
— informazione di garanzia, XVIII, 3.
— misure cautelari (v. *Misure cautelari*).
— notificazioni, XIV, 7.
— rappresentanza dell'ente, XIV, 4, 9.
— riunione e separazione dei procedimenti, XIV, 2; XIX, 2.
— vicende modificative dell'ente nel corso del procedimento, XIV, 4.
v. anche *Autorità di controllo o di vigilanza*.
Procedimento per decreto
— decisione del giudice, XIX, 16.
— effetti premiali, XIX, 17.
— iniziativa, XIX, 16.
— opposizione, XIX, 17.
— presupposti, XIX, 15.
Procura speciale (v. *Costituzione*).
Profitto
— di rilevante entità e sanzioni interdittive, XI, 5.
— relazione del commissario giudiziale, XXII, 5.
— riparazione delle conseguenze del reato, XI, 7.
v. anche *Confisca*.
Proroga
— delle indagini (v. *Termine*).
Prova
— onere della (v. *Presunzione*).
— testimonianza del legale rappresentante, XV, 2.
Pubblicazione
— della sentenza di condanna, XI, 11.
— delle sanzioni amministrative, XXIV, 2.
v. anche *Sanzioni amministrative*.
Pubblico ministero (v. *Contestazione dell'illecito amministrativo; Indagini preliminari; Responsabilità amministrativa degli enti*).

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Q

Querela (v. *Condizioni di procedibilità*).

R

***Rating* di impresa**
— nozione, II, 8.
***Rating* di legalità**
— nozione, II, 8.
Reati commessi all'estero
— *Bribery Act*, III, 4.
— enti aventi la sede principale nel territorio dello Stato, III, 4.
— gruppi internazionali, VII, 13.
Reati-presupposto
— catalogo, IV, 1.
— colposi, IV, 1, 2; V, 3.
— dolosi, IV, 1, 2.
— impresa lecita (e non), IV, 2.
v. anche *Autore del reato*.
Reato
— estinzione, VI, 2.
Registro
— delle notizie di reato, XVIII, 2.
— in materia penale, XVIII, 2.
Reiterazione degli illeciti
— fattispecie, XI, 15.
— sanzioni interdittive, XI, 5.
— rilevanza della fusione o scissione, XII, 5.
v. anche *Illecito amministrativo dell'ente*.
Responsabile civile (v. *Procedimento: estensione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato*).
Responsabilità amministrativa degli enti
— autonomia, VI; XXIV, 1.
— autore del reato, V, 1, 5, 6.
— cessione (di azienda), XII, 6.
— efficacia della legge nello spazio, III, 4.
— esimenti, V, 1, 4; VII, 1, 2; X, 2; XXIV, 1.
— estinzione (dell'azienda), XII, 7.
— fatto impeditivo (v. *esimenti*).
— fondamento, I, 1, 2; IV, 2; V, 1; XXIV, 1.
— fusione dell'ente, XII, 3.
— gravi indizi per ritenere la sussistenza della, XVI, 4.
— interesse, V, 1, 2, 3; XXIV, 1.
— natura, I, 3.
— particolare tenuità del fatto, VI, 3; XVIII, 4; XX, 2.
— patrimoniale (v. *Responsabilità patrimoniale*).
— principio di legalità, III, 2.
— scissione dell'ente, XII, 4.
— sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente, XX, 4.
— sentenza di non luogo a procedere, XVIII, 7.
— soggetti destinatari, III, 1.
— storia (cenni), I, 1.
— successione di leggi, III, 3.
— trasformazione dell'ente, XII, 2.
— vantaggio, V, 1, 2, 3; XXIV, 1.
v. anche *Fonti del (sistema) della responsabilità amministrativa degli enti*.
Responsabilità patrimoniale dell'ente
— obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, XII, 1.
Responsabilità penale
— principio di colpevolezza, I, 2; II, 5; XII, 2.
Revisione (v. *Impugnazioni*).
Riapertura delle indagini (v. *Archiviazione*).
Ricorso per cassazione
— misure cautelari interdittive, XVI, 19.
— misure cautelari reali, XVII, 5, 9.

© Giuffrè Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

v. *Impugnazioni*.
Riesame
— misure cautelari reali, XVII, 5, 9.
v. *Impugnazioni*.
Riparazione delle conseguenze del reato (v. *Condotte riparatorie*).
Riunione e separazione
— dei procedimenti, XIV, 2; XIX, 2.
v. anche *Procedimento*.

S

Sanzioni amministrative
— anagrafe nazionale (v. *Anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative*).
— autorità di controllo o di vigilanza (delle), XXIII, 5; XXIV.
— catalogo, XI, 1.
— concorso, XX, 7.
— interdittive (v. *Sanzioni interdittive*).
— pecuniarie (v. *Sanzioni pecuniarie*).
— pluralità di illeciti, XI, 16.
— prescrizione, XI, 17.
Sanzioni interdittive
— applicazione della sanzione su richiesta, XIX, 10.
— applicazione in via definitiva, XI, 8.
— applicazione come misura cautelare, XVI, 2.
— catalogo, XI, 1.
— conversione, XXII, 4.
— criteri di scelta, XI, 6.
— delitti tentati, IV, 3.
— esecuzione, XXII, 4.
— fusione dell'ente, XII, 3, 5.
— giudizio abbreviato, XIX, 3.
— inosservanza, XI, 10.
— riparazione delle conseguenze del reato, XI, 7.
— scissione dell'ente, XII, 4, 5.
— stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, XI, 7.
v. anche *Sanzioni amministrative; Sentenza*.
Sanzioni pecuniarie
— amministrative (pecuniarie), XXIV, 1.
— applicazione, XI, 2.
— applicazione della sanzione su richiesta, XIX, 10.
— casi di riduzione, XI, 3.
— cessione di azienda, XII, 6.
— condotte riparatorie, XI, 3.
— conversione delle sanzioni interdittive, XXII, 4.
— criteri di commisurazione, XI, 2.
— delitti tentati, IV, 3.
— esecuzione, XXII, 3.
— fusione dell'ente, XII, 3, 5.
— giudizio abbreviato, XIX, 3.
— inosservanza delle sanzioni interdittive, XI, 10.
— obbligazione del cessionario, XII, 6.
— pluralità di illeciti, XI, 16.
— procedimento per decreto, XIX, 15.
— responsabilità patrimoniale (v. *Responsabilità patrimoniale dell'ente*).
— scissione dell'ente, XII, 4, 5.
— sequestro conservativo, XVII, 6.
v. anche *Sanzioni amministrative; Sentenza*.
Scissione dell'ente
— determinazione delle sanzioni, XII, 5.
— partecipazione dell'ente al procedimento, XIV, 4.
— reiterazione degli illeciti, XI, 15.
— responsabilità, XII, 4.
— sentenza, XX, 8.

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Sentenza
— che dispone la prosecuzione dell'attività, XI, 9; XX, 7.
— di condanna, XX, 7.
— di esclusione della responsabilità dell'ente, XX, 4, 6.
— di non doversi procedere, XX, 5, 6.
— di non luogo a procedere, XVIII, 7.
— in caso di vicende modificative dell'ente, XX, 8.
— pubblicazione della sentenza di condanna, XI, 11; XX, 7.
v. anche *Confisca; Esecuzione; Misure cautelari interdittive; Sanzioni amministrative*.
Sequestro
— conservativo, XVII, 6.
— preventivo, XVII, 1.
v. anche *Misure cautelari reali*.
Società (v. *Enti*).
Soggetti
— amministratore di fatto, V, 5.
— amministratore dipendente, V, 5.
— amministratore indipendente, VIII, 3.
— amministratore non delegato, V, 5.
— apicali, V, 5; VII, 1.
— componente del consiglio di amministrazione, V, 5.
— componente del consiglio di gestione, V, 5.
— componente del consiglio di sorveglianza, V, 5.
— destinatari di norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, V, 5.
— direttore generale, V, 5.
— dirigente di unità periferiche, V, 5.
— liquidatore, V, 5.
— sindaco, V, 5; VIII, 2, 3.
— subordinati, V, 6; X, 1.
— titolare di trasferimento o delega di funzioni, V, 5.
Sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni (v. *Sanzioni interdittive; Misure cautelari interdittive*).
Stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale (v. *Commissario giudiziale; Confisca; Sanzioni interdittive; Misure cautelari interdittive; Misure cautelari reali*).
Successione di leggi
— responsabilità amministrativa dell'ente, III, 3.

T

Tentativo
— di delitto, IV, 3.
Termine
— durata delle indagini preliminari, XVIII, 2.
— durata delle misure cautelari, XVI, 14, 16.
— durata delle sanzioni interdittive (decorrenza del termine di), XXII, 4.
— prescrizione, XI, 17.
— riparazione delle conseguenze del reato, XI, 7; XVI, 14; XX, 3.
Testimonianza
— del rappresentante legale dell'ente, XV, 2.
v. anche *Incompatibilità*.
Trasformazione dell'ente
— fattispecie, XII, 2.
— partecipazione dell'ente al processo, XIV, 4.
— sentenza, XX, 8.

U

Udienza preliminare
— provvedimenti conclusivi, XVIII, 7, 8.

© Giuffrè Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

Unità di informazione finanziaria (Uif) (v. *Autorità di controllo o di vigilanza: atti amministrativi; Codici di comportamento; Organismo di vigilanza: segnalazioni antiriciclaggio*).

V

Vantaggio dell'ente
— nozione, V, 2, 3.
v. anche *Reati-presupposto* (colposi).
Vicende modificative dell'ente (v. *Responsabilità amministrativa degli enti*).

W

Whistleblowing
— canali di segnalazione (interni ed esterni), VII, 6.
— divieto di atti di ritorsione o discriminatori, VII, 6.
— sanzioni, VII, 6.
— segnalazioni (circostanziate), VII, 6.
— sistema disciplinare, VII, 6, 11.
v. anche *Modello di organizzazione; Organismo di vigilanza.*

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore

€ 39,00
024221410

ISBN 978-88-28-85878-2
9 788828 858782

© Giuffré Francis Lefebvre - Copia riservata all'autore