

**IL CONTRASTO AI REATI DI IMPRESA
NEL D.LGS. N. 231 DEL 2001 E NEL D.L. N. 90 DEL 2014:
NON SOLO REPRESSIONE, MA PREVENZIONE
E CONTINUITÀ AZIENDALE (*)**

di Roberto Garofoli

Abstract. Il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e la nuova disciplina dettata dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) hanno introdotto due meccanismi di intervento, rispettivamente del giudice penale e dell'amministrazione, sui crimini di impresa. Si tratta di interventi legislativi sintomatici di un'innovativa impostazione che il legislatore ha inteso imprimere al diritto anche penale delle attività economiche in ragione di diversi fattori. Da un lato, le difficoltà del modello punitivo-repressivo per sé solo considerato e le trasformazioni che hanno finito per incidere sull'ubi consistam di interi fenomeni delinquenziali; dall'altro, la necessità di fronteggiare plurime esigenze collettive legate allo svolgimento di talune attività imprenditoriali, relative alla destinazione finalistica di talune iniziative di impresa (servizi pubblici o di pubblica necessità) ovvero alle dimensioni delle singole strutture imprenditoriali coinvolte o, ancora, alla consistenza del radicamento territoriale delle stesse e ai connessi livelli occupazionali assicurati. Le ragioni appena evidenziate hanno persuaso il legislatore dell'inadeguatezza di un sistema di contrasto affidato al solo funzionamento di classici meccanismi repressivi e, dunque, della necessità di promuovere due linee di intervento: il coinvolgimento dello stesso mondo imprenditoriale nell'approntare modelli organizzativi idonei a prevenire il verificarsi degli illeciti e l'adozione di strumenti destinati a tener conto degli interessi sovraindividuali coinvolti nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, nell'ambito della più generale tendenza dell'ordinamento a non trascurare le ragioni della continuità d'impresa pure a fronte di fenomeni delinquenziali. La pluralità delle previsioni normative che danno atto della avvertita esigenza di conciliare il contrasto al crimine di impresa con le ragioni della continuità aziendale sollecita, peraltro, una doverosa riflessione sull'immanenza di un principio generale dell'ordinamento, ispirato alla logica della conservazione dei beni correlati alla operatività dell'impresa e in parte ricavabile, sul piano penale, ai criteri di adeguatezza e proporzionalità della pena e della misura cautelare.

(*) Il testo riproduce la relazione svolta dall'Autore il 24 settembre 2015 al Convegno intitolato "[Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia](#)" tenutasi a Roma presso il Consiglio Superiore della Magistratura.

SOMMARIO: 1. Premessa. Le due tendenze evolutive dell'ordinamento nel definire misure di contrasto al crimine di impresa. – 2. L'insufficienza del tradizionale impianto repressivo e la necessità di una matura collaborazione del mondo imprenditoriale: il modello delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001. Luci ed ombre. – 2.1. Ruolo e problematicità dei *compliance programs*. – 2.2. Possibili evoluzioni del modello: l'approccio incentivante o premiale per le imprese che indagano, denunciano, collaborano. – 3. La funzione "terapeutica" delle misure di contrasto e l'esigenza di continuità nell'attività d'impresa pure interessata da fenomeni delinquenziali: il commissariamento *ex art. 15*, d.lgs. n. 231 del 2001. – 4. Le misure disciplinate dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90. – 4.1. I rapporti con il commissariamento *ex art. 15*, d.lgs. n. 231 del 2001 e con le informazioni antimafia interdittive.

1. Premessa. Le due tendenze evolutive dell'ordinamento nel definire misure di contrasto al crimine di impresa.

Con crescente intensità, ci si interroga su come conciliare con l'efficace funzionamento di adeguati meccanismi di contrasto ai reati di impresa l'esigenza di non compromettere i plurimi interessi di rilievo collettivo spesso soddisfatti dall'esercizio di talune attività imprenditoriali. E' un tema che merita di essere esaminato tenendo conto di alcune linee di tendenza da tempo seguite dall'ordinamento tutto (il legislatore, i giudici, talune amministrazioni) nel delineare ed applicare meccanismi di reazione ai reati commessi nell'esercizio di attività economiche.

Utile premettere alcuni cenni di sistema volti a mettere in evidenza talune linee di tendenza che appaiono sempre più prepotentemente connotare l'evoluzione dell'ordinamento.

La **prima** è quella che si esprime nell'affiancare alla *sola punizione con finalità preventive* un *sistema di prevenzione con eventuali conseguenze punitive*, chiamando in causa lo stesso mondo imprenditoriale nell'approntare modelli organizzativi idonei a prevenire il verificarsi degli illeciti.

Si tratta della logica sottesa al modello introdotto e delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Una logica impostasi per plurime ragioni, talune connesse alla crisi o, comunque, alle difficoltà del modello punitivo-repressivo per sé solo considerato, altre correlate alle trasformazioni che, sul piano quantitativo ma anche qualitativo, hanno finito per incidere sull'*ubi consistam* di interi fenomeni delinquenziali: ragioni che persuadono dell'inadeguatezza di un sistema di contrasto affidato al solo funzionamento di classici meccanismi repressivi.

La **seconda** linea di tendenza, in qualche modo legata sul piano concettuale alla prima ma anche dotata di una propria autonomia, è quella che è stata indicata con il riferimento alla funzione 'terapeutica' delle misure anche sanzionatorie previste, come tali rivolte non già alla mera retribuzione/punizione ma sempre più alla riabilitazione dell'attività imprenditoriale. Si tratta di opzione che il legislatore esprime sempre più di frequente mostrando di ispirarsi, nel definire e disciplinare le misure di contrasto, ad un approccio "terapeutico" o, forse meglio, attento alle plurime esigenze collettive legate allo svolgimento di talune attività imprenditoriali; esigenze di volta in volta

legate alla destinazione finalistica delle iniziative di impresa prese in considerazione (servizi pubblici o di pubblica necessità) ovvero alle dimensioni delle singole strutture imprenditoriali coinvolte o, ancora, alla consistenza del radicamento territoriale delle stesse e ai connessi livelli occupazionali assicurati.

E' quanto è dato constatare prendendo in esame istituti la cui introduzione e disciplina rispondono all'esigenza di tener conto degli interessi sovraindividuali coinvolti nell'esercizio di talune tipologie di attività imprenditoriale, essendo espressione della più generale tendenza dell'ordinamento a non trascurare le ragioni della continuità d'impresa pure a fronte di fenomeni delinquenziali.

In questa prospettiva si pongono le misure di cui all'art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001, e, con le dovute precisazioni che saranno svolte nel prosieguo, quelle disciplinate dall'art. 32, d.l. n. 90 del 2014, oltre che il sistema di regole dettate dalla l. n. 190 del 2012 in funzione di prevenzione della corruzione nell'amministrazione pubblica e, secondo una impostazione interpretativa di recente seguita dal MEF e dall'ANAC, in talune tipologie di società pubbliche.

Naturalmente, le previsioni normative ispirate a queste logiche, inserite in un quadro normativo articolato e spesso definito sulla base di differenti filosofie di intervento, hanno posto e pongono anche problemi non semplici di coordinamento di seguito segnalati.

2. L'insufficienza del tradizionale impianto repressivo e la necessità di una matura collaborazione del mondo imprenditoriale: il modello delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001. Luci ed ombre.

Di fronte alla crisi del modello punitivo-repressivo tradizionale, la strada intrapresa nell'ambito del diritto penale dell'economia è quella di una nuova politica di prevenzione.

L'avvio di questa prospettiva risale all'inizio del nuovo millennio con il d.lgs. n. 231 del 2001 e la prevista responsabilità degli enti. Il modello prescelto è stato quello della responsabilità per l'omessa adozione delle cautele organizzative idonee ad impedire la commissione di reati da parte dei dipendenti o degli amministratori¹. L'ente risponde per la perpetrazione del reato presupposto ad opera del vertice aziendale o da soggetto sottoposto alla vigilanza dello stesso; non risponde laddove abbia elaborato idonei *compliance programs* (mutuati dall'esperienza anglosassone).

Ebbene, gli obiettivi di prevenzione perseguiti dal legislatore, a circa tre lustri dall'adozione della normativa, non possono certo dirsi pienamente raggiunti.

Si tralascia di dare atto delle diverse questioni interpretative ancora irrisolte, con le conseguenti incertezze applicative che certo condizionano la riuscita del modello.

¹ A questo modello si è poi ampiamente ispirato il legislatore della l. n. 190/2012, per applicarlo, con i dovuti adattamenti, alla prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

Si pensi, tra le altre, a quelle concernenti:

- la *natura della responsabilità* introdotta ed i dubbi di legittimità costituzionale emersi con riguardo alla compatibilità con i principi di personalità della responsabilità e di

presunzione di innocenza (in specie se si opta per la tesi che assegna natura penale al sistema di responsabilità introdotto);

- le *modalità di applicazione* dei criteri di addebito all'ente della responsabilità allorché il reato presupposto abbia struttura colposa;

- la stessa *delimitazione dell'ambito soggettivo* di operatività della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 231 del 2001 (imprese individuali, holding, società pubbliche preposte all'espletamento di servizi o attività rivolte a soddisfare posizioni soggettive costituzionalmente protette).

Il problema centrale, tuttavia, nel tentativo di valutare l'effettiva riuscita del modello e della logica di prevenzione allo stesso sottesa, ruota attorno al perno dell'intero sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, quello cioè dei modelli di organizzazione in funzione preventiva.

2.1. Ruolo e problematicità dei compliance programs.

Come è noto, il legislatore italiano ha introdotto una **colpevolezza autonoma** dell'ente, seguendo il modello avanzato di ordinamenti come quello statunitense e non accontentandosi di una semplice responsabilità *par ricochet* come nel sistema francese, dove la responsabilità dell'ente è il semplice riflesso della responsabilità della persona fisica che ha agito per suo conto.

La colpa deriva allora dalle concrete condizioni in cui l'ente lascia operare i dirigenti e i sottoposti che nel suo interesse o a suo vantaggio abbiano commesso dei reati.

La colpa organizzativa dell'ente, come tale "rimproverabile", consegue alla mancata realizzazione di un modello di legalità aziendale preventiva e di un efficiente apparato di controllo in grado di indurre a considerare il reato della persona fisica come il risultato di una non evitabile elusione fraudolenta del modello.

In concreto, nel caso in cui il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto in posizione apicale, l'ente risponde se non prova di aver adottato un modello organizzativo e gestionale, idoneo a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi, la cui efficace attuazione è affidata ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, e non prova che la persona fisica autrice del reato ha eluso fraudolentemente i suddetti modelli, senza che vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo di controllo (art. 6).

I modelli di organizzazione sono quindi destinati ad assumere una posizione di assoluta centralità nell'economia dell'intero impianto legislativo: è quanto peraltro confermato dalla circostanza che alla relativa adozione il d.lgs. n. 231 del 2001 assegna non solo efficacia – a seconda delle differenti impostazioni – scusante, esimente o di esclusione della punibilità (sempre che il giudice li reputi idonei a svolgere la funzione

di prevenzione loro ascritta), ma anche di riduzione della sanzione pecuniaria, di sospensione della misura cautelare interdittiva.

Ebbene, perché questo innovativo sistema di prevenzione possa funzionare è necessario evitare che il mondo imprenditoriale assuma un approccio solo “burocratico” nell’applicazione della disciplina legislativa con traduzione solo formale di prassi aziendali non efficaci (c.d. *cosmetic compliance*); è altrettanto necessario evitare opzioni interpretative e prassi giudiziarie animate da un elevato tasso di “diffidenza”, inevitabilmente destinate a disincentivare l’ente nell’adozione del modello realmente efficace, generando una sorta di rassegnazione all’ineluttabilità della responsabilità dell’ente in presenza della sola realizzazione del reato².

Sono queste le questioni più delicate che il d.lgs. n. 231 del 2001 ha posto e sulle quali giova brevemente soffermarsi.

Tralasciando il dibattito sviluppatosi in merito alla natura giuridica dei modelli, giova in specie dare atto dei profili relativi ai principi da tener conto in sede di redazione dei *compliance programs* e ai requisiti di idoneità e adeguatezza del modello organizzativo e di gestione.

Quanto ai criteri di redazione dei modelli di organizzazione, il legislatore ne ha dettagliatamente individuato le caratteristiche, descrivendo le esigenze che essi hanno il compito di soddisfare.

Essi devono (art. 6, co. 2, d.lgs. n. 231 del 2001):

- a) individuare le attività dell’ente nell’ambito delle quali possono essere commessi reati;
- b) prevedere protocolli idonei a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell’organismo di vigilanza sull’osservanza dei modelli;
- e) introdurre sanzioni disciplinari per il mancato rispetto delle direttive contenute nei modelli.

È questa l’ossatura del modello organizzativo.

Un livello ulteriore di determinatezza è precluso dalla oggettiva impossibilità di anticipare a livello legislativo, cristallizzandoli una volta per tutte, i contenuti dei programmi, che devono calibrarsi non soltanto sul tipo di reato, ma anche sulla natura e sulle caratteristiche dell’ente, sulle sue dimensioni e sulle peculiarità delle attività svolte.

² Cfr. ALESSANDRI, *I criteri di imputazione della responsabilità all’ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in A.M. STILE-MONGILLO-G. STILE (a cura di), *La responsabilità degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, 2013, 239; FIORELLA-SELVAGGI, *Compliance Programs e dominabilità ‘aggregata’ del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale*, Relazione al Congresso italo-spagnolo presso l’Università degli studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3-4, 2014, 115.

La stessa Relazione al decreto pone in luce, invero, l'impossibilità di determinare *una tantum* il perfetto modello d'organizzazione e di gestione; per costruire un programma efficace ai sensi dell'art. 6, co. 2, occorre aver presente la realtà aziendale di riferimento.

Il legislatore richiede quindi – affidandone al giudice il riscontro - l'idoneità e l'efficace attuazione del modello di organizzazione.

Al riguardo, a fronte dell'unanimità di opinioni circa *l'impossibilità di dedurre dalla commissione del fatto l'inidoneità del modello organizzativo adottato*, si registra tuttavia una varietà di posizioni.

In primo luogo, si pone in luce la necessità che il giudizio di idoneità sia formulato *in concreto*³. Carattere a più riprese richiesto dalla giurisprudenza impegnata nel definire i criteri guida da seguire nella valutazione dell'idoneità dei modelli.

Dalle indicazioni fornite dalla giurisprudenza del Tribunale di Milano è stato tratto il cosiddetto "decalogo 231"⁴ che contiene le ragioni in base alle quali un modello viene considerato inidoneo e offre, *a contrario*, un elenco di criteri in base ai quali un modulo organizzativo può dirsi idoneo.

Secondo queste indicazioni il modello:

deve essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente ripetitiva del dato normativo;

deve preveder che i componenti dell'organo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale;

deve prevedere quale causa di ineleggibilità a componente dell'ODV la sentenza di condanna (o di patteggiamento) non irrevocabile;

deve differenziare tra attività rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza e ai preposti al controllo interno;

deve prevedere i contenuti dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi;

deve prevedere espressamente la comminazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che per negligenza o

³ Sul punto cfr. Tribunale di Milano, Ufficio G.I.P., 8 gennaio 2010, in Foro Ambr., 2010, 350: *"È compito del giudice compiere una valutazione "ex ante" per accertare in concreto se, prima della commissione del fatto, l'impresa aveva adottato un modello di organizzazione e gestione che potesse considerarsi efficace per prevenire i reati poi verificatisi ... Il giudizio sulla responsabilità di una persona giuridica ai sensi del d. lg. 231/2001 non può prescindere da una verifica in concreto dell'efficacia del modello di organizzazione e gestione adottato dall'impresa sotto inchiesta poiché diversamente si sconfinerebbe in un'ipotesi di responsabilità oggettiva sorgente per il solo fatto della commissione di un reato presupposto da parte dei vertici di una società rendendo inattuabile la causa di esenzione di responsabilità prevista dall'articolo 6 del predetto decreto"*.

⁴ ARENA, *Il decalogo 231 del Tribunale di Milano*, in www.reatisocietari.it.

imperizia, non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni e reati;

deve prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersioni di precedenti violazioni, elevato turn-over del personale);

deve preveder controlli di routine e controlli a sorpresa –comunque periodici- nei confronti delle attività aziendali sensibili;

deve prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori di società di riferire all'ODV notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione dei reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'ODV;

deve contenere protocolli e procedure specifici e concreti.

Meritano segnalazione, in tema, le conclusioni raggiunte nell'ordinanza del *Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano 20 settembre 2004, n. 30382*⁵, il quale rimarca innanzitutto che il modello deve comunque prevedere, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. **Deve dunque essere concreto, efficace e dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce. La necessaria concretezza del modello, infatti, determina ovviamente la necessità di un aggiornamento parallelo all'evolversi e al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti.** Fondamentale, dunque, in sede di predisposizione del modello, l'analisi delle possibili modalità attuative dei reati stessi rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l'azienda. In questa analisi deve necessariamente **tenersi conto della storia dell'ente** — cioè delle sue vicende, anche giudiziarie, passate — e delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore. Questa analisi consente d'individuare — sulla base di dati storici — in quali momenti della vita e dell'operatività dell'ente possono più facilmente inserirsi fattori di rischio; quali siano dunque i momenti della vita dell'ente che devono più specificamente essere parcellizzati e procedimentalizzati in modo da poter essere adeguatamente ed efficacemente controllati. Ad esempio, il momento della presentazione delle offerte per gli enti che partecipano ad appalti pubblici; i contatti con la concorrenza; la costituzione di ATI; le modalità di esecuzione degli appalti; l'analisi delle attribuzioni a soggetti esterni di consulenze (con particolare riguardo al costo ed effettività delle stesse), la gestione delle risorse economiche, le movimentazioni di denari all'interno del gruppo etc.

⁵ In *Guida al diritto*, 2004, 69.

Oltre che in concreto, il giudizio di idoneità deve essere guidato –secondo parte della dottrina⁶- da un criterio di idoneità *ex ante*. Tale evidenza, però, è affiancata dalla preoccupazione che il dato empirico del reato effettivamente verificatosi vanifichi tale criterio innescando un più facile ragionamento di tipo circolare improntato al criterio della idoneità *ex post*. Secondo tale dottrina, proprio simile preoccupazione è alla base della sollecitudine del legislatore a predisporre un particolare procedimento di formulazione di modelli organizzativi da parte delle associazioni di categoria.

Invero, i modelli possono essere adottati sulla base di **codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia** (art. 6, co. 3)⁷. La previsione ha innescato un articolato dibattito. Ci si è interrogati, in particolare, sul rapporto destinato ad intercorrere tra i codici di comportamento e ed i singoli modelli adottati da ciascun ente e, soprattutto, **sull'estensione dei poteri del giudice in ordine a modelli singoli conformati a quelli predisposti dall'associazione di appartenenza**.

Secondo una prima impostazione, il potere-dovere del giudice di accertare l'idoneità *ex ante* del modello posto alla sua attenzione rimane integro: la conformità del modello particolare alle regole comportamentali espresse dalla categoria di appartenenza dà luogo ad una mera presunzione semplice che deve superare il vaglio processuale.

Altra parte della dottrina⁸, invece, ritiene che debba pur rinvenirsi – pena la vanificazione del comma 3 dell'art. 6 - una qualche differenza tra l'ipotesi di un modello organizzativo conforme a codici comportamentali, redatti dalle associazioni di appartenenza e avallate dal Ministero della Giustizia di concerto con quello competente, e quella che invece sia frutto dell'autonoma decisione del singolo ente di munirsi di un *compliance program*.

In termini di efficacia del modello, si prosegue, non può sfuggire che, se si versa in un'ipotesi come quella descritta dall'art. 6, co. 3, il giudice ha davanti un "paradigma forte", in quanto risultante di un procedimento di controllo di tipo amministrativo, sicché si ritiene "*che la convalida ad opera di un organo amministrativo crei una sorta di 'barriera' contro il sindacato disapplicativo del giudice di fronte a quello che è un semplice atto amministrativo*"⁹.

La condivisione di questa seconda strada interpretativa è comunque esclusa dal dato legislativo e dalle chiare indicazioni contenute nella Relazione di

⁶ RODORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le Società*, 2001, 1301.

⁷ Va segnalato che la Confindustria e l'ABI hanno elaborato dei modelli che si basano sulla precisa delimitazione delle competenze interne, sulla separazione dei compiti specie nelle funzioni finanziari, sulla procedimentalizzazione delle fasi a rischio di commissione di reato, sull'adozione di sanzioni per l'inosservanza delle direttive interne anche se non è stato commesso alcun reato.

⁸ RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia del modello di organizzazione nella responsabilità degli enti derivanti da reato*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, 988.

⁹ RUGGIERO, *Brevi note sulla validità della legge*, cit., 1000.

accompagnamento al decreto: non si rinvergono argomenti né testuali, né teleologici che possano fondare un'efficacia "tombale" dei modelli cui ci si sta riferendo.

Per una terza e compromissoria opzione, *"con un giudizio da condursi ex post, il giudice dovrà considerare che la fonte di provenienza esterna ingenera il ragionevole affidamento che il rispetto di quelle cautele consentirà di evitare il prodursi di una situazione finale a carattere criminoso. Il che ... significa che la soglia di prevedibilità (da valutarsi sempre oggettivamente) subirà un sensibile innalzamento"*¹⁰.

Analoga divergenza d'opinioni può registrarsi in giurisprudenza. In alcuni arresti della giurisprudenza di merito¹¹ è stata ascritta efficacia rilevante al tempestivo uniformarsi ai codici di disciplina ed alle linee guida adottate dalle Istituzioni o dalle Associazioni ed Organizzazioni di categoria. Più di recente, va segnalata una differente presa di posizione della Corte di Cassazione in una nota vicenda giudiziaria in cui la società, chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo derivante dai reati di false comunicazioni sociali e di agiotaggio, era stata assolta nei primi due gradi di giudizio, essendo stata valorizzata, tra i parametri di adeguatezza, la conformità del modello predisposto dall'ente incolpato alle linee guida della Confindustria (elaborate recependo i principi del codice di autodisciplina di Borsa Italiana e approvate dal Ministero della Giustizia). Orbene, la suprema Corte ha annullato con rinvio la decisione assolutoria, poiché ha affermato che le linee guida non hanno il *"crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale e/o ministeriale"*¹². Per tale impostazione, dunque, i criteri di redazione del *compliance program* indicati dalle associazioni di categoria sono giusto una piattaforma di riferimento, dovendo poi ogni modello organizzativo *"essere 'calato' nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione"*¹³.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Si v. Tribunale di Milano, Ufficio G.I.P., 8 gennaio 2010, cit.: *"La decisione dell'organo dirigente della società sotto inchiesta di uniformarsi tempestivamente ai codici di disciplina e alle linee guida indicate da Borsa Italiana e Confindustria è un dato fondamentale per affermare l'idoneità del modello di organizzazione e gestione, a maggior ragione in assenza di precedenti in una materia di assoluta novità per la giurisprudenza e la dottrina nazionali, quale era quella della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche all'epoca dei fatti"*.

¹² Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677.

¹³ In dottrina, nel condividere questa impostazione, PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le società*, 2014, p. 475 ss., ha cura di evidenziare che sarebbe stato opportuno da parte del Supremo Collegio chiarire se dall'ente *"era esigibile 'qualcosa di più' di un recepimento adattativo di quelle direttive alla realtà aziendale singola"* (al di là del valore contingente del giudizio positivo dei giudici di merito, legato al momento storico dello stesso, in base alla conformità alle linee-guida).

2.2. Possibili evoluzioni del modello: l'approccio incentivante o premiale per le imprese che indagano, denunciano, collaborano.

Si tratta, all'evidenza, di questioni di non agevole soluzione e che suggeriscono di valutare le proposte, da più parti avanzate, volte a promuovere un'evoluzione del modello delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Un'evoluzione possibile del sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 è quella volta a far sì che lo stesso poggia, in una prospettiva di ulteriore rafforzamento della logica di prevenzione allo stesso sottes, non solo su meccanismi sanzionatori per l'ipotesi di non adozione o non efficace attuazione dei modelli, ma anche su misure di tipo incentivante o premiale, volte a motivare gli *agents* privati a comportarsi nel modo più corretto. Gli incentivi dovrebbero essere diretti sia a promuovere l'impegno delle organizzazioni nella prevenzione dei reati anche mediante meccanismi che favoriscano l'auto-denuncia allo Stato di fatti illeciti da parte dell'azienda o dei suoi dipendenti, sia ad incoraggiare il rispetto delle regole societarie da parte di manager e dipendenti, favorendo la segnalazione degli illeciti anche all'interno dell'impresa stessa.

Questa potrebbe essere la sfida sulla quale cimentarsi nei prossimi anni, stimolando una profonda riflessione sul sistema degli incentivi, per esempio con l'introduzione di meccanismi premiali che escludano o attenuino la responsabilità dell'impresa in considerazione dalla cooperazione con le autorità penali, dell'efficacia delle investigazioni condotte in ambito aziendale, dell'adeguata tutela dell'attività di *whistle-blowing*.

3. La funzione "terapeutica" delle misure di contrasto e l'esigenza di continuità nell'attività d'impresa pure interessata da fenomeni delinquenziali: il commissariamento ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001.

Come indicato in premessa, una **seconda** linea di tendenza, da tempo emersa nella disciplina relativa ai meccanismi di contrasto al crimine di impresa, è quella che è stata indicata con il riferimento alla funzione "terapeutica" di talune misure anche sanzionatorie previste. Le stesse non sono rivolte alla mera retribuzione/punizione ma sempre più alla riabilitazione dell'attività imprenditoriale e al suo reinserimento nel circuito dell'economia pulita.

Di tale approccio del legislatore e dell'ordinamento costituiscono conferma i meccanismi delineati dagli artt. 15, d.lgs. n. 231 del 2001, e 32, d.l. n. 90 del 2014, tanto più se considerati nel raffronto, rispettivamente, con le sanzioni interdittive previste dallo stesso d.lgs. n. 231 del 2001, e con le informative antimafia interdittive e gli effetti che alle stesse riconnette l'art. 94, co. 3, d.lgs. n. 159 del 2011. La pluralità delle previsioni normative che danno atto della avvertita esigenza di conciliare il contrasto al crimine di impresa con le ragioni della continuità aziendale sollecita, peraltro, una doverosa riflessione sull'immanenza di un principio generale dell'ordinamento, ispirato alla logica della conservazione dei beni correlati alla operatività dell'impresa e

in parte ricavabile, sul piano penale, ai criteri di adeguatezza e proporzionalità della pena e della misura cautelare.

Quanto alla prima delle due citate ipotesi applicative, l'art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001, prevede che, a certe condizioni, acclarata la responsabilità dell'ente, il giudice debba disporre, in luogo della prevista sanzione interdittiva, la misura del commissariamento¹⁴.

Invero, nei casi più gravi di responsabilità dell'ente e dipendente da reati commessi nel suo interesse o per suo vantaggio, è prevista l'applicazione di sanzioni interdittive che possono anche comportare l'interruzione della sua attività. Ciò al duplice fine di non consentire che l'ente possa conseguire comunque vantaggi dal compimento di illeciti e di impedire che un'organizzazione con particolare propensione all'illecito possa continuare ad operare senza emendarsi¹⁵. Ove ricorra l'esigenza di anticipare alcuni effetti della decisione definitiva che riguarda l'ente è prevista l'applicazione delle misure interdittive in sede cautelare per assicurare l'effettività dell'accertamento giurisdizionale.

Laddove l'ente svolga un pubblico servizio, anche non essenziale, o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione possa arrecare un grave pregiudizio alla collettività ovvero, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, avere rilevanti ripercussioni sull'occupazione, è previsto nel comma 1 dell'art. 15 che il giudice possa disporre la prosecuzione dell'attività sostituendo la sanzione inibitoria con la nomina di un commissario giudiziale per un periodo corrispondente alla durata della sanzione stessa, sempre che sussistano i presupposti per l'applicazione di una misura interdittiva.

Sul piano strutturale la nomina del commissario si pone come una *sanzione* che surroga le sanzioni interdittive, finalizzata ad evitare che, in determinate situazioni,

¹⁴ Art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001 – “1. Se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività;
 - b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.
2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giudice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente.
3. Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice.
4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato.
5. La prosecuzione dell'attività da parte del commissario non può essere disposta quando l'interruzione dell'attività consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva”.

¹⁵ PANETTA, Responsabilità da reato degli enti: più certi confini per l'applicazione in sede cautelare del principio di frazionabilità delle sanzioni interdittive e nomina del commissario giudiziale, in Cass. Pen., 2011, 3536 e ss.

l'accertamento della responsabilità dell'ente si risolva in un pregiudizio per la collettività¹⁶.

Si tratta di una *misura alternativa che conserva il carattere afflittivo* come si desume dalla *durata della misura*, equiparata a quella della sanzione che sostituisce, e dalla previsione della *confisca dell'eventuale profitto prodotto dalla gestione commissariale* (art. 15, co. 4), avente la precipua finalità di impedire che l'ente benefici degli esiti di un'attività dalla quale è stato estromesso.

L'esigenza del legislatore e dell'ordinamento di coniugare con l'approccio sanzionatorio, che si esprime nella previsione delle misure interdittive, quello attento alle ragioni anche di interesse collettivo che ruotano attorno all'esercizio dell'attività di impresa, in specie quando di utilità pubblica o di spiccate dimensioni, si manifesta non solo nella astratta previsione della misura del commissariamento ma anche nella concreta conformazione dello stesso.

Giova, al riguardo, considerare che con la previsione del commissario giudiziale si ammette lo spossessamento gestionale in conseguenza di un mero e singolo fatto-reato attribuito ad un'impresa, peraltro ontologicamente lecita¹⁷.

A monte, la sanzione interdittiva rischia di investire l'impresa nella sua interezza, nonostante sia inflitta a seguito di procedimento nel quale è accertato un reato presupposto commesso nello svolgimento di uno solo dei rami di attività o comparti produttivi che concorrono ad integrare il complesso aziendale.

E' tuttavia necessario tenere conto, al riguardo, che l'art. 14, d.lgs. n. 231 del 2001, in tema di scelta delle sanzioni interdittive, prescrive al giudice di far riferimento al parametro della frazionabilità.

Il comma 1 stabilisce che le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. La necessità di evitare una indiscriminata penalizzazione di tutte le attività svolte dall'ente risponde ai principi fondamentali di proporzionalità e adeguatezza nella determinazione delle sanzioni. Le sanzioni, per quanto possibile, devono colpire il ramo di attività in cui si è sprigionato l'illecito, in omaggio ai principi di economicità e di proporzione, tenuto conto della dinamicità dell'attività d'impresa e della frammentazione dei comparti produttivi.

Sul piano operativo il principio si riflette nel secondo comma dell'art. 69, d.lgs. n. 231 del 2001, che impone al giudice, in caso di applicazione delle sanzioni interdittive, di indicare sempre le attività o le strutture oggetto della misura, in maniera da risolvere in anticipo i dubbi che potrebbero sorgere in sede di esecuzione¹⁸.

La giurisprudenza ha ritenuto applicabile il comma 1 dell'art. 14 anche in sede cautelare. Il giudice deve propendere per una applicazione circoscritta della sanzione ogni qualvolta è possibile individuare i comparti di attività dell'ente che hanno dato origine al reato. Si è così previsto, con riguardo al divieto di contrarre con la pubblica

¹⁶ PANETTA, *Responsabilità da reato*, cit.

¹⁷ [SCUBBI-GUERINI, L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento](#), in questa Rivista, 2014.

¹⁸ PANETTA, *Responsabilità da reato*, cit.

amministrazione, la frazionabilità di questa sanzione, che potrà avere ad oggetto alcuni contratti o riguardare solo alcune amministrazioni.

Cass., sez. VI, 31 maggio 2010, n. 20560, è andata oltre, sostenendo che *“la valutazione sulla frazionabilità della misura non è condizionata dalla differenziazione dell’attività dell’impresa in quanto anche ad un ente che svolge un’unica attività può essere applicata una misura limitata solo ad una parte dell’attività stessa”*. In ossequio dunque al principio della frazionabilità delle sanzioni interdittive, la Corte sostiene che *“dinanzi alla forte invasività delle sanzioni interdittive nella vita dell’ente il legislatore ha voluto che il giudice tenga conto della realtà organizzativa dell’ente sia per ‘neutralizzare il luogo nel quale si è originato l’illecito’, sia per applicare la sanzione valorizzandone l’adeguatezza e la proporzionalità, nel rispetto del criterio dell’extrema ratio”*¹⁹. Ne consegue che anche il giudice della cautela è tenuto a valutare l’incidenza della misura sulla specifica attività alla quale si riferisce l’illecito dell’ente, limitando, quindi, ove possibile, la misura solo ad alcuni settori dell’attività dell’ente; ebbene - conclude la Corte - la suesposta valutazione va fatta anche nel caso in cui si provveda alla sostituzione della misura interdittiva con la nomina del commissario giudiziale.

4. Le misure disciplinate dall’art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

L’art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, ha introdotto misure avanzate sul fronte della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi, definite *“misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese”*.

Si tratta di misure che, disposte a fini *anticorruzione*, sono dalla legge finalizzate esclusivamente alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico, in relazione al quale sono emerse le fattispecie di reato o gli altri comportamenti illeciti. Ad una logica analoga risponde la previsione dell’art. 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014 che consente di irrogare le predette misure anche alle imprese colpite da *informazione antimafia interdittiva*. Anche in questo caso la previsione legislativa è volta ad assicurare il completamento dell’esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione quale mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato, tassativamente elencati dalla norma, e cioè la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, la salvaguardia di livelli occupazionali, l’integrità dei bilanci pubblici.

Misure, quindi, introdotte non tanto con finalità *“terapeutica”* dell’impresa quanto, piuttosto, con la finalità di salvaguardare - attraverso una conformazione della libertà d’impresa - la realizzazione di interessi pubblici superiori messi in pericolo da situazioni di contiguità o agevolazione mafiosa, ascrivibili a responsabilità dell’impresa e dei soggetti capaci di condizionarne l’andamento: è quanto confermato dalla circostanza che si tratta di presidi a garanzia di uno specifico *“contratto”*- quello in

¹⁹ In senso conforme, Cass., sez. VI, 28 settembre 2011, n. 43108.

relazione al quale vengono in evidenza le esigenze individuate dall'art. 32 - e non della totalità delle commesse pubbliche acquisite dall'impresa al momento dell'adozione della misura.

Venendo al contenuto delle misure, il citato art. 32 prevede una graduazione delle stesse in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico dell'operatore economico e, quindi, dell'entità degli interventi che devono essere messi in campo per assicurare che la prosecuzione del contratto possa avvenire in condizioni di ripristinata legalità nei rapporti con la pubblica amministrazione ovvero di assenza di contiguità o collusioni, anche solo agevolative, con ambienti della criminalità organizzata.

La più lieve delle misure – da disporre nei casi ritenuti meno gravi, ossia quelli in cui le indagini riguardino soggetti diversi dagli organi sociali, coinvolgendo figure societarie apicali ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio- consiste nell'inserimento nell'impresa di un “presidio” composto di esperti in numero non superiore a tre, allo scopo di ricondurre la gestione su binari di legalità e trasparenza (art. 32, co. 8).

Nei casi diversi da quelli di lieve entità il richiamato art. 32 prevede due distinte misure.

La prima consiste nell'ordine di rinnovare la composizione degli organi sociali, sostituendo il titolare o componente che risulta coinvolto nel procedimento penale per fatti di corruzione o al quale sono ascrivibili le altre situazioni anomale o di collusione/contiguità mafiosa. Arduo ritenere che l'ordine di rinnovazione degli organi sociali non vada riferito all'intera organizzazione aziendale ma soltanto a quella sua parte impegnata nell'esecuzione del contratto in relazione al quale è stato adottato l'ordine stesso.

L'altra misura prevista, da applicarsi nei casi più gravi o in quelli di inottemperanza all'ingiunzione di rinnovare gli organi, consiste nella straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto oggetto del procedimento penale, con la nomina di uno o più amministratori.

4.1. I rapporti con il commissariamento ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001 e con le informazioni antimafia interdittive.

Non agevole la ricostruzione della linea di demarcazione tra le misure disciplinate dal citato art. 32, quelle del commissariamento ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001, e delle informazioni antimafia interdittive.

Quanto ai rapporti con l'istituto del commissariamento previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 – come visto attivabile già in sede cautelare - è stato ritenuto che la misura della straordinaria e temporanea gestione se ne distinguerebbe ontologicamente, essendo volta a sottoporre a controllo quella parte dell'impresa impegnata nello specifico contratto pubblico per cui viene ravvisata l'esigenza di intervenire, non anche – come il commissariamento - a realizzare un integrale e radicale “spossessamento” dei poteri gestori (ANAC, *Secondo Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di*

gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia, 27 gennaio 2015). Impostazione interpretativa la cui bontà merita tuttavia di essere apprezzata tenendo conto degli esposti orientamenti giurisprudenziali che, anche con riferimento all'istituto del commissariamento *ex art. 15, d.lgs. n. 231 del 2001*, impongono al giudice penale che lo dispone di tener conto del principio di frazionabilità, inteso come corollario di quelli di proporzionalità ed adeguatezza. In caso di interferenza, allora, la natura giudiziale della misura *ex art. 15, d.lgs. n. 231/2001*, dovrebbe indurre a ritenere la prevalenza della stessa rispetto a quella *ex art. 32, d.l. n. 90/2014*, che è quanto può trovare una base giuridica nel comma 5 dello stesso art. 32, a tenore del quale *"Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione"*.

Quanto ai rapporti tra le misure disciplinate dal citato art. 32 e le informazioni antimafia interdittive, giova considerare che l'art. 32, comma 10, prevede che le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio dell'impresa trovino applicazione *"ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3"* del d.lgs. n. 159/2011.

Ne deriva che, presenti le condizioni previste dal citato art. 32 e riscontrata quindi la necessità di salvaguardare i particolari interessi pubblici indicati al richiamato comma 10, il Prefetto dovrà necessariamente fare luogo all'applicazione delle predette misure straordinarie, tanto nel caso in cui, essendo stata l'impresa colpita da interdittiva, sia la stessa soggetta alle conseguenze di cui all'art. 94, comma 2 (revoca e recesso), quanto nel caso in cui la stazione appaltante abbia espresso la necessità di continuare nel rapporto contrattuale, in quanto l'opera è in corso di ultimazione, ovvero l'impresa, fornitrice di beni e servizi ritenuti essenziali per l'interesse pubblico, non sia sostituibile in tempi rapidi (art. 94, comma 3). Si tratta di soluzione agevolmente spiegabile se si considera che il citato art. 94, comma 3, consente di proseguire nel rapporto contrattuale senza introdurre alcuna forma di controllo o di "presidio di legalità" nell'impresa che risulta essere infiltrata.