



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI
M I L A N O



Percorso formativo ex D. Lgs. 231/2001
Dal Risk Assessment al Modello Organizzativo
e all'Organismo di Vigilanza

IL PROCEDIMENTO DI ACCERTAMENTO DEGLI ILLECITI AMMINISTRATIVI

Avv. MARCO A. MORABITO

12 gennaio 2018, corso Europa 11 – Milano



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



FONDAZIONE
COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

I PRINCIPI DELLA RESPONSABILITA'

La responsabilità per *illecito* degli enti si basa su specifici criteri:

– CRITERIO DI IMPUTAZIONE *OGGETTIVO* :

- dettato dall'art. 5 → interesse o vantaggio per l'ente derivante dalla commissione del reato compreso nel catalogo dello stesso d.lgs. 231/01

– CRITERI DI IMPUTAZIONE *SOGGETTIVO* :

concetto di colpa organizzativa con diverso sistema di accertamento:

- art. 6 **per i soggetti apicali** → RESP.TA' DOLOSA e funzione esimente del modello organizzativo
- art. 7 **per i subalterni** → RESP.TA' COLPOSA: semplice agevolazione colposa per mancata vigilanza o controllo

Cass., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343 *Thyssenkrupp*

Il sistema introdotto dal D. lgs. 231/2001 coniuga i principi dell'ordinamento penale e amministrativo e configura un *tertium genus* di responsabilità, compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza.

Onere della prova: art. 6 non prevede alcuna inversione dell'onere della prova:

- **Accusa:** dimostrazione della **commissione di un reato da parte di una delle persone indicate nell'art. 5** e della **carente regolamentazione interna da parte dell'ente**.
- **Ente:** onere, con effetti liberatori, **di dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi**.

Art. 5: criteri di imputazione oggettiva: INTERESSE O VANTAGGIO DELL'ENTE.

- sono **alternativi e concorrenti tra loro**, in quanto il criterio dell'**interesse** esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile "**ex ante**", cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente **soggettivo**, mentre quello del **vantaggio** ha una connotazione essenzialmente **oggettiva**, come tale valutabile "**ex post**", sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito.

Cass., SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343 Thyssenkrupp

- responsabilità da reato degli enti derivante da **reati colposi di evento:**

i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 all'"interesse o al vantaggio", devono essere riferiti alla *condotta* e non all'evento (es.: risparmio di spesa per prevenzione infortuni)

- **colpa di organizzazione:**

da intendersi in **senso normativo**, è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un **documento** che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

IL PROCESSO PENALE ALL'ENTE

Il processo penale all'ente

- è regolato dalle norme processuali del d.lgs. 231/2001 e, in quanto applicabili, da quelle del c.p.p. (art. 34)
- la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi degli enti appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli illeciti dipendono (art. 36)
- il procedimento per l'accertamento dell'illecito è riunito (salvo eccezioni) a quello per i reati (art. 38)

L'ente nel processo penale

- l'ente è imputato dell'illecito amministrativo derivante dal reato commesso dal vertice o dal subordinato nel suo interesse o a suo vantaggio (art. 35)
- è rappresentato nel processo dal legale rappresentante (salvo che sia imputato del reato) (art. 39)
- l'ente può essere anche:
 - responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria, soggetto tenuto alle condotte riparatorie del reato, testimone



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

RESPONSABILITÀ AUTONOMA DELL'ENTE

Responsabilità autonoma dell'ente (art. 8)

E' PER FATTO PROPRIO E NON PER FATTO ALTRUI O CONCORSO NEL REATO ed è CONCORRENTE E NON SOLIDALE rispetto alla responsabilità dell' autore-persona fisica

- ANCHE QUANDO L'AUTORE DEL REATO NON E' STATO IDENTIFICATO O NON E' IMPUTABILE O IL REATO E' ESTINTO per causa diversa da amnistia (es. per prescrizione)
- N.B. ANCHE SE L'AUTORE E' ASSOLTO O PROSCIOLTO NEL MERITO PUO' ESSERCI RESPONSABILITA' PER L'ENTE: *è necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente, ma non è anche necessario che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile*
- Nessun problema di *ne bis in idem*: i soggetti (persona fisica ed ente) sono DIVERSI

Responsabilità autonoma dell'ente

N.B. per la Cassazione NON è consentita la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente (non essendo ipotizzabile un danno come conseguenza immediata e diretta dell'illecito derivante da responsabilità amministrativa)

- Se è ipotizzabile un illecito civile il giudice naturale sarà quello civile.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

LE SANZIONI

SANZIONI A CARICO DELL'ENTE

SONO 4 (art. 9):

1. PECUNIARIE (sempre)

2. INTERDITTIVE (a det. condizioni)

- N.B. non si applicano in via cautelare alle SIM, SGR e SICAV (art. 60 bis co. 4 D.lvo 58/98)

3. CONFISCA :

- diretta (sempre)
- possibile anche per equivalente

4. PUBBLICAZIONE SENTENZA

- possibile se applicata sanzione interdittiva

SANZIONI PECUNIARIE E CALCOLO DELLE QUOTE (artt. 10 e 11)

SI APPLICANO **SEMPRE**

– **Sistema bifasico** («democratico»)

- **1.a FASE:** il giudice stabilisce il **NUMERO DI QUOTE** (secondo gravità fatto, grado responsabilità ente, attività riparatoria o preventiva)
 - **2.a FASE:** il giudice stabilisce **I'ENTITA PATRIMONIALE DI OGNI SINGOLA QUOTA** (secondo le condizioni economiche e patrimoniali ente per assicurare l'efficacia della sanzione)
- Non elevatissime: max 1000 QUOTE e max € 1.549/QUOTA (meno pesanti della confisca e delle misure interdittive)



FUNZIONE RIPARATORIA DEL MODELLO EX POST

art. 12 e 17 per sanzioni; art. 49 e 50 per
misure cautelari

RIDUZIONE SANZIONE PECUNIARIA (ART. 12): MODELLO POST DELICTUM

– RIDUZIONE 1/2

- Se interesse prevalente proprio o di terzi senza vantaggio o con vantaggio minimo per l'ente e il danno patrimoniale è tenue Punto elenco secondo livello

– RIDUZIONE 1/3 -1/2

- Se ENTE (non l'autore) ha risarcito il danno e eliminato conseguenze dannose o si è adoperato in tal senso o
- Se ha adottato e reso operativo MODELLO IDONEO a prevenire reati della stessa specie

– RIDUZIONE 2/3 se entrambe

SANZIONI INTERDITTIVE (art. 13-16)

CONDIZIONI: SOLO SE IL REATO PRESUPPOSTO LE PREVEDE ESPRESSAMENTE E SE PROFITTO E' RILEVANTE O VI E' REITERAZIONE DI ILLECITI

- PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' rispetto alle caratteristiche del fatto
- FRAZIONABILITA': possibile applicazione anche per il solo segmento dell'ente ove si è verificato l'illecito
- DURATA MASSIMA: non inferiore a 3 mesi e non superiore a 2 anni
- ANCHE DEFINITIVE («morte ente») se profitto rilevante e reiterazione e non applicazione art. 17 se lo scopo unico è la commissione di reati (raro)

ESCLUSIONE SANZIONE INTERDITTIVE (ART. 17): MODELLO POST DELICTUM

NON SI APPLICANO LE SANZIONI INTERDITTIVE (sì invece le pecuniarie) se:

prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di 1° grado :

- concorrono le condizioni ex art. 12 e
- l'ente ha messo a disposizione il profitto ai fini della confisca

CONFISCA PREZZO o PROFITTO REATO come SANZIONE (art. 19)

E' SEMPRE DISPOSTA CON LA SENTENZA DI
CONDANNA, ANCHE PER EQUIVALENTE

– ANCHE RISPARMI DI SPESA

N.B. COMUNQUE, anche nei confronti degli enti per i quali NON SIA APPLICABILE LA CONFISCA COME SANZIONE ex art. 19 per essere stati efficacemente attuati modelli idonei a prevenire il medesimo reato, E' **SEMPRE** DISPOSTA LA CONFISCA DEL PROFITTO CHE L'ENTE HA TRATTO DAL REATO ex art. 6 co. 5 , ANCHE PER EQUIVALENTE

Ratio: no intento sanzionatorio ma recupero equilibrio economico alterato



MISURE CAUTELARI

1) INTERDITTIVE: sono le stesse SANZIONI INTERDITTIVE ex art. 9 co. 2 applicate in via cautelare

2) REALI: SEQUESTRO PREVENTIVO per confisca (art. 53) e CONSERVATIVO (art. 54)

1.INTERDITTIVE: hanno ad oggetto l'ATTIVITA' dell'ente

CONDIZIONI:

- GRAVI INDIZI RESPONSABILITÀ ENTE E ESIGENZE CAUTELARI PER PERICOLO REITERAZIONE ILLECITI ANALOGHI (art. 45)
- CONDIZIONI GENERALI APPLICABILITA' art. 13 (profitto rilevante e reiterazione)
- DEVONO ESSERE PREVISTE ESPRESSAMENTE DALL'ILLECITO NEL CATALOGO ex art. 24 e ss.

2.MISURE REALI: hanno ad oggetto il PATRIMONIO dell'ente (più facile ottenerle)

SEQUESTRO PREVENTIVO (art. 53): E' FINALIZZATO ALLA CONFISCA.

Condizioni:

- INDIZI DI REATO (non più sola astratta configurabilità reato: Cass. S.U. 18954/2016) e
- PERICULUM IN MORA: anche la sola confiscabilità del bene ex art. 19

SEQUESTRO CONSERVATIVO (ART. 54): NEL PROCESSO DI MERITO (non in fase di indagine)

- SE C'E' RISCHIO MANCANZA O DISPERSIONE DELLE GARANZIE PER PAGAMENTO SANZIONI PECUNIARIE O SPESE
- CONDIZIONI IDENTICHE

SOSPENSIONE DELLE MISURE CAUTELARI (ART. 49):

Se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti previsti dall'art. 17 :

- Il giudice determina la cauzione (o garanzia ipotecaria o fidejussione solidale) ed il termine

- se esito positivo: giudice REVOCA misura cautelare e ordina restituzione somma

REVOCA E SOSTITUZIONE MISURE CAUTELARI (ART. 50)

- REVOCA: Se MANCANO condizioni applicabilità ART. 45 (gravi indizi responsabilità ente e pericolo reiterazione illeciti analoghi) o se CONCORRONO le ipotesi previste dall'ART. 17
- SOSTITUZIONE con altra meno grave o afflittiva: se misure sono attenuate o non più proporzionate al fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere applicata

VICENDE MODIFICATIVE DELL'ENTE



VICENDE MODIFICATIVE DELL'ENTE (art. 42)

Ratio legis. evitare l'elusione della responsabilità mediante operazioni societarie strumentali nei casi di:

- **TRASFORMAZIONE** (art. 28): resta ferma la responsabilità per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto **CON TUTTE LE SANZIONI**
- **FUSIONE** (art. 29): l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione e con **TUTTE** le **SANZIONI**.
- **SCISSIONE** (art. 30): resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, con obbligazione solidale dei beneficiari della scissione in ordine alle sanzioni dovute dall'ente a seguito della scissione, nel limite del patrimonio netto. **NO** responsabilità per **CONFISCA**.
- **CESSIONE O CONFERIMENTO** (art. 33): ferma la responsabilità solidale tra cessionario e cedente, cessionario e conferitario non subentrano nella posizione processuale di cedente e conferente (successione a titolo particolare, ininfluente sull'identità del cedente o e del conferente): Cessionario responsabile **SOLO PER SANZIONI PECUNIARIE**
- **AFFITTO DI AZIENDA** (d.lgs 231/2001: tace): non si applica 2560 c.c.: si trasferisce solo il godimento dell'azienda, **NON** la responsabilità (principio tassatività art. 33)

GRUPPI DI SOCIETA'



IL PROBLEMA DEI GRUPPI DI SOCIETÀ

problemi applicativi in caso di **RIPARTIZIONE DI RESPONSABILITÀ TRA HOLDING E CONTROLLATE** ALL'INTERNO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ (anche MULTINAZIONALI): il d.lgs. 231/2001 non disciplina specificatamente il problema.

giurisprudenza oscillante:

- TESI RIGOROSA: responsabilità alla società controllante per fatti posti in essere dalla controllata (per la quale la holding avrebbe una posizione di garanzia ex art. 40 cpv. c.p.); Art. 5 co. 1 lett. a (persone che esercitano anche di fatto gestione controllo ente)
- MA perplessità circa i rischi di una responsabilità «a cascata» per fatti altrui correlata alla possibilità che ogni società possa (e quindi “debba”, in un’ottica inquisitoria) controllare ogni società del gruppo, e non solo le controllate.

GRUPPI DI SOCIETA'

- TESI GARANTISTA: *«nessun obbligo di vigilanza ed intervento incombe sul socio come tale, indipendentemente dalla misura della sua partecipazione e dall'eventuale capacità di influenza dominante»*

In particolare, «è onere della pubblica accusa una puntuale dimostrazione che dalla holding è pervenuta non una generica direttiva all'ottenimento di determinati risultati imprenditoriali (...) quanto veri e propri suggerimenti penalmente illegittimi, sì che le direttrici generali del programma contengono già in nuce, sufficientemente predeterminati, almeno i tratti essenziali dei singoli comportamenti delittuosi poi realizzati dai compartecipi».

(G.I.P. di Milano del 2009, Impregilo).

GRUPPI DI SOCIETA'

- In ogni caso, pare comunque **necessario**, ai fini dell'affermazione di responsabilità della controllante per il fatto della controllata, l'accertamento della sussistenza di un **rapporto concorsuale ex art. 110 c.p.** tra il soggetto che agisce per conto delle stesse ed il soggetto che commette il reato (SOLUZIONE MIGLIORE)
- Se si aderisce alla tesi dell'amministratore di fatto: necessario l'accertamento della **continuità e significatività potere gestorio** ex art. 2639 c.c.
- Necessario l'accertamento che l'**interesse** all'illecito sia **del gruppo**, e non di una sola entità.

Cass. Pen. Sez. II 9.12.2016 n. 52316

HOLDING 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 anche almeno una persona fisica** che agisca per conto della "holding" stessa o dell'altra società facente parte del gruppo, perseguendo anche l'interesse di queste ultime, **non essendo sufficiente** - per legittimare un'affermazione di responsabilità ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001 della holding o di altra società appartenente ad un medesimo gruppo - **l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un c.d. generale «interesse di gruppo»**.

- **ESTENSIONE REPONSABILITA' ALLE SOCIETÀ ANCHE SOLO SOSTANZIALMENTE COLLEGATE** : anche fuori dai casi in cui sia formalmente configurabile la sussistenza del gruppo di imprese in senso civilistico.

GRUPPI DI SOCIETA'

- comunque **fondamentale la governance di fondo** (es.: problemi se amministratore della controllante è lo stesso della controllata oppure l'impresa è retta interamente da familiari; se coincidenza tra OdV controllata e OdV controllante).
- D.lgs. 231/01 non dice nulla su composizione OdV: attualmente oggetto di disciplina di soft law attraverso le linee guida emanate da organismi di settore (Confindustria, Assonime, Assosim etc.): invito ad adottare modelli ed Organismi di Vigilanza autonomi per ogni società del gruppo e composti da soggetti diversi e requisiti imparzialità, indipendenza e competenza
- soluzione auspicabile: specifica regolamentazione del tema da parte del legislatore, oppure formalizzazione unitaria delle soft law in materia di gruppi societari ed organi di controllo.

IN OGNI CASO, LA BUSSOLA E' DATA DAL 110 C.P.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Avv. Marco A. Morabito

20121 MILANO Via della Moscova 40/7

Tel. 02.49481507

Fax 02.37923883

avvmorabito@hotmail.com