

D.Lgs. 231/2001 AGGIORNAMENTO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

Si riporta di seguito una breve rassegna dei provvedimenti maggiormente significativi in materia di responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/2001.

SEQUESTRO PREVENTIVO

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 34505/12

Con la sentenza n. 34505, depositata il 10 settembre 2012, la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione è intervenuta in tema di sequestro preventivo ex art. 53 del D.Lgs. 231/2001, annullando un'ordinanza del Tribunale di Monza che aveva disposto un sequestro di 14 milioni di euro nei confronti di una società di costruzioni indagata per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25 del D.Lgs. 231/2001 in relazione al reato di corruzione, nell'ambito delle indagini sugli appalti della Milano-Serravalle.

In particolare, il Tribunale di Monza aveva individuato quale oggetto del sequestro l'equivalente del profitto che la società avrebbe conseguito dalla condotta illecita, perpetrata dai vertici societari attraverso un accordo corruttivo con un incaricato di pubblico servizio e un pubblico ufficiale.

Per la Corte, il sequestro previsto dall'art. 53 del D.Lgs. 231/2001 deve essere applicato sulla base dei medesimi presupposti applicativi delle misure cautelari interdittive. Entrambe le misure cautelari (*i.e.* il sequestro preventivo e la misura cautelare interdittiva), infatti, sono destinate ad anticipare l'applicazione di sanzioni principali subordinate all'accertamento della responsabilità dell'ente. Il sequestro, perciò, non può essere disposto sulla base di un mero controllo dei presupposti di sussumibilità della fattispecie concreta nell'ipotesi delittuosa individuata dal pubblico ministero. Il giudice, prima di poter procedere ad accertare il requisito del

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com
Ivan Rotunno
irutunno@orrick.com
Jacopo Taddei
jtaddei@orrick.com

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate.

La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

periculum (i.e. la confiscabilità del profitto), deve verificare la presenza di un *fumus delicti* “allargato”, sostanzialmente coincidente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell’ente ex art. 45 del D.Lgs. 231/2001.

L’apprezzamento dei gravi indizi di responsabilità, secondo la Cassazione, “deve portare il giudice a ritenere l’esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità dell’ente, in un procedimento che avvicina la prognosi ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti”.

Spunti redazionali per il Modello organizzativo

L’amministratore delegato di una società concessionaria di un servizio pubblico è ritenuto incaricato di pubblico servizio.

ORGANISMO DI VIGILANZA

CASSAZIONE PENALE – SENT. N. 37119/12

La Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione con sentenza depositata il 26 settembre 2012 si è pronunciata dichiarando inammissibile un ricorso contro l’applicazione cautelare della misura interdittiva del divieto di contrattazione con la pubblica amministrazione per sei mesi.

Il caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte riguardava una S.r.l. accusata di aver ottenuto l’assegnazione di numerosi appalti e di pagamenti pubblici superiori al valore dei lavori effettuati a seguito della corruzione di un funzionario comunale (i.e. il capo settore lavori pubblici del comune), perfezionata tramite sponsorizzazioni fittizie di attività sportive.

La natura della fattispecie aveva indotto il pubblico ministero a richiedere la misura interdittiva. Detta richiesta veniva rigettata dal GIP per assenza di esigenze cautelari, sulla base dell’adozione da parte della società, nelle more del procedimento, di un nuovo modello di organizzazione e gestione e della nomina di un organismo di vigilanza.

Il Tribunale del Riesame di Savona, in accoglimento dell’appello del pubblico ministero e in riforma delle disposizioni del GIP, aveva valutato la sussistenza dei presupposti per l’applicazione della misura interdittiva ai sensi dell’art. 45 del D.Lgs. 231/2001. In particolare, il Tribunale del Riesame aveva ritenuto che, valutate le condizioni concrete del caso, il modello organizzativo adottato dalla società posteriormente alla commissione dei fatti e nelle more del procedimento non avesse modificato le carenze precedenti che avevano consentito la commissione del reato. Nello specifico, il Tribunale aveva motivato la sua decisione argomentando che “[...] *pur a fronte di un formale sistema di controllo, resta lo spazio di discrezionalità dell’amministratore unico (che era, peraltro, il responsabile della corruzione) difficilmente sottoponibile a controllo; così come, pur a fronte di una previsione di limiti ad erogazioni*

di denaro in favore di terzi, quali le sponsorizzazioni, non vi è una adeguata previsione di limiti soggettivi per i beneficiari dei contratti di sponsorizzazione né alcun dover in capo all'organo elettivo di indagine su tali beneficiari". L'effettiva possibilità di efficace sorveglianza non era, secondo il Tribunale, neanche garantita dalla creazione di un organismo di vigilanza.

Il ricorrente aveva impugnato la decisione del Tribunale del Riesame con riferimento alla configurabilità delle esigenze cautelari, contestando la carenza di motivazione sui requisiti per l'applicabilità dell'art. 45 D.Lgs. 231/2001 e la carenza di motivazione sull'adeguatezza del sistema organizzativo adottato.

La Corte, dichiarando inammissibile il ricorso per manifesta infondatezza dei motivi, ha innanzitutto precisato la propria incompetenza nella valutazione del merito del provvedimento impugnato. Secondo la Cassazione, infatti, se il Tribunale ha ritenuto la sussistenza di elementi concreti tali da far ritenere sussistente il rischio di reiterazione del reato presupposto nonostante l'adozione del modello organizzativo, non è possibile chiedere al giudice della legittimità di valutare il materiale probatorio in modo da addivenire ad una diversa chiave di lettura.

Spunti redazionali per il Modello organizzativo

Con l'obiettivo di mitigare il rischio corruzione, è opportuno integrare eventuali previsioni generiche sui limiti di erogazione di denaro a titolo di liberalità (ad es. mediante sponsorizzazioni) con:

- (i) precisi criteri che consentano di individuare limiti soggettivi dei beneficiari di tali liberalità (ad es. non consentendo più di una sponsorizzazione verso lo stesso soggetto/ente);
- (ii) subordinare l'approvazione della liberalità ad iter deliberativi che coinvolgano più organi sociali o che richiedano maggioranze rafforzate.

ONERE DELLA PROVA

CASSAZIONE PENALE – SENT. N. 35999/12

La Seconda Sezione della Corte di Cassazione Penale, con sentenza depositata il 20 settembre 2012, è ritornata sul tema dell'efficace attuazione del modello di organizzazione e gestione predisposto ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

La controversia oggetto della pronuncia della Corte verteva sulla legittimità di un sequestro preventivo di circa dieci milioni di euro emesso dal Gip del Tribunale di Firenze, nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto il reato di concorso in truffa per il conseguimento di contributi statali all'editoria contestato ai soci di una S.r.l. ed il relativo illecito amministrativo di cui all'art. 24 comma primo e secondo del D.Lgs. 231/2001. In particolare il GIP contestava la commissione dell'illecito da parte di soggetti apicali nell'interesse e a vantaggio della società

in assenza di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire la commissione di uno dei reati presupposto del D.Lgs. 231/2001.

I ricorrenti nell'interesse della società, adducevano che: (i) con delibera del 18 gennaio 2010, la società aveva provveduto all'implementazione del proprio modello di organizzazione e gestione, prevedendo la costituzione di un organismo di vigilanza; (ii) l'onere della prova gravante sull'accusa circa l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della persona giuridica che riveste una delle qualità di cui all'art. 5 del D.Lgs. 231/2001.

La Corte, ritenendo inammissibile il ricorso, ha specificato che “ *[..] è l'ente che deve provare di avere adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. La mancata preventiva adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi dell'essere stato il reato commesso nell'interesse o vantaggio della società e della posizione apicale dell'autore del reato, è sufficiente a costituire quella rimproverabilità di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria, costituita dall'omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonei a prevenire talune tipologie criminose. Ne consegue che l'ente che abbia ommesso di adottare e attuare il modello organizzativo e gestionale non risponde per il reato [...] commesso dal suo esponente in posizione apicale, soltanto nell'ipotesi di cui al D.Lgs. 231/2001, art. 5 comma 2 dell'aver agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi*”.

Spunti redazionali per il Modello organizzativo

L'inversione dell'onere della prova scatta soltanto in caso di reato commesso:

- (i) da soggetti apicali nell'esclusivo interesse proprio o di terzi;
- (ii) da soggetti subordinati, sottoposti alla direzione o vigilanza degli apicali.

APPALTI E ADOZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE

TAR SICILIA – SENT. N. 227/2011

Il Tribunale Amministrativo della regione Sicilia con sentenza depositata il 4 febbraio 2011 è intervenuto sul tema dell'adozione di un modello di organizzazione e controllo in conformità con quanto previsto dal D.Lgs. 231/2001 come requisito per la partecipazione ad un appalto pubblico.

Secondo il Tribunale palermitano, la previsione della procedura della gara di appalto che impone, come requisito per la partecipazione a quest'ultima, la produzione della documentazione comprovante l'adozione di un modello di gestione organizzazione e controllo dell'impresa ai sensi del D.Lgs. 231/2001 è illegittima perché, come sostenuto dal ricorrente, "pretende il possesso di un requisito che rientra nella facoltà dei partecipanti e non risponde ad un

preciso interesse dell'Amministrazione, essendo finalizzata a liberare la società dalla responsabilità amministrativa conseguente alla commissione di reati da parte dei propri dipendenti/incaricati”.

Il Tribunale ha argomentato precisando che: *“la legge individua dei principi in materia di requisiti di ordine generale, in particolare di requisiti di carattere morale, necessari per la partecipazione alle gare strumentali alla stipula di contratti con la p.a.: detti principi sono contenuti nell’art. 38 d.lgs. n. 163/2006, richiamato anche dall’art. 4 del bando di gara. Il rispetto dei precetti richiamati appare ad avviso del Collegio sufficiente per la partecipazione alla gara di cui trattasi, non essendo ragionevole imporre agli offerenti - quale sostanziale requisito di partecipazione - l’adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo dell’impresa in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001” .[...] Detto modello, infatti, ha il diverso e particolare fine di escludere la responsabilità dell’ente per i reati commessi da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente stesso, ovvero da persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente”.*

SICUREZZA SUL LAVORO

GIP TRIBUNALE DI TOLMEZZO – SENT. N. 18/12

Il GIP del Tribunale di Tolmezzo, con sentenza depositata in data 3 febbraio 2012, si è pronunciato sul tema della responsabilità dell’ente per mancata adozione del modello di organizzazione e gestione ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

L’oggetto della pronuncia del GIP riguardava la richiesta di rinvio a giudizio di una società in relazione all’illecito amministrativo di cui all’art. 25-*septies* secondo comma del D.Lgs. 231/2001. Nello specifico, a seguito della morte per folgorazione di un dipendente della società addetto alla manutenzione dell’impianto elettrico, il pubblico ministero aveva richiesto il rinvio a giudizio della società per l’illecito amministrativo sopra citato, in quanto la stessa avrebbe tratto interesse o vantaggio dal delitto di cui agli art. 40 cpv, 113 e 589 c.p., commesso con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro dal dipendente della società, qualificato come datore di lavoro.

In particolare, secondo il pubblico ministero, l’interesse o vantaggio della società sarebbe consistito nel risparmio di spesa derivante dalla mancata adozione di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire il reato contestato.

Il GIP, attraverso un articolato percorso motivato, precisa che:

- (i) La responsabilità dell’ente sussiste solo se l’autore del reato ha tenuto una condotta illecita per una finalità consonante con gli interessi dell’ente medesimo;
- (ii) I profili di colpa rilevanti sono solo quelli derivanti dalla violazione di misure prevenzionistiche in obiettivo di risparmio di costi aziendali;

(iii) Non è sufficiente la semplice imperizia per determinare la responsabilità dell'ente.

Alla luce di quanto sopra argomentato, il Giudice, non condividendo l'impostazione ermeneutica del pubblico ministero, ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere rilevando altresì che “L'adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato [...] non è un obbligo per gli enti, sanzionabile in caso di omissione con la loro responsabilità amministrativa; al contrario, è un'esimente della stessa, qualora, nonostante l'adozione del modello, si verifichi il reato (art.6 D.Lgs.n° 231/2001). Dunque la sua pacifica assenza, nella fattispecie, non può di per sé essere addebitata all'ente per costituire la ragione unica della sua responsabilità. [...] Ciò anche perché non è vero che ad ogni delitto di omicidio e lesioni colpose segua necessariamente ed immancabilmente la responsabilità amministrativa dell'ente per cui il reo operava”.

CONVENZIONE DI LANZAROTE E D.LGS. 231/2001

Il Senato della Repubblica, dopo un lungo iter parlamentare, ha approvato in data 19 settembre 2012 il d.d.l. 1969-d con cui si autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, sottoscritta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 (meglio nota come Convenzione di Lanzarote).

La Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1 luglio 2010, ha come obiettivo la prevenzione contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale dei minori, la protezione dei diritti delle vittime di tali reati e la promozione della cooperazione, a livello nazionale ed internazionale, contro tali forme di sfruttamento minorile.

Il d.d.l. approvato dal Senato e non ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale, prevede, tra le altre, una serie di modifiche al codice penale che modificano l'ambito di operatività degli artt. 24-ter e 25-quinquies del D.Lgs. 231/2001.

- All'art. 416 c.p. - Associazione per delinquere – (contemplato dall'art 24-ter D.Lgs. 231/2001) è aggiunto il seguente settimo comma:

Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-undecies, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma.

- L'art. 600-bis c.p. – Prostituzione minorile – (contemplato dall'art. 25-quinquies D.Lgs. 231/2001) è sostituito dal seguente:

E' punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.000 a euro 150.000 chiunque:

- 1) *recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto;*
- 2) *favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni diciotto, ovvero altrimenti ne trae profitto.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000.

- L'art. 600-ter – Pornografia minorile – (contemplato dall'art. 25-quinquies D.Lgs. 231/2001) è così modificato:

Il primo comma è sostituito dal seguente:

E' punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque:

- 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;*
- 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti trae altrimenti profitto.*

Sono aggiunti i seguenti comma sesto e settimo:

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000.

Ai fini del presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore di anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.