

SILVIA BENINI HEMMELER

*CORPORATE CRIME:
APPLICABILITÀ AL SETTORE SPORTIVO
E NUOVI SISTEMI DI PREVENZIONE*

Parte I

SOMMARIO:

1) Premessa. 2) D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ed il suo ambito di applicazione. 3) La responsabilità “da reato” degli enti. 4) La definizione dei reati e le sanzioni. 5) Il D.Lgs. n. 231/2001 e la riforma dei reati societari. Proposte di sistemi organizzativi interni.

1. Premessa

Sulla scia di un processo avviato dall'Unione Europea, è stata introdotta anche in Italia la responsabilità amministrativa degli enti derivante dalla commissione di illeciti penali, che si aggiunge a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito.

Con la Convenzione OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) del 17 dicembre 1997 sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, si è delegato ai Governi dei singoli Stati membri della Comunità Europea, il compito di disciplinare questo tipo di responsabilità. (cfr. art. 11).

Anche nel Libro verde 2001 della Commissione Europea si fa riferimento alla *corporate social responsibility* e la si definisce quale “integrazione su base volontaria, da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali ed ecologiche nelle loro operazioni commerciali e nei rapporti con le parti interessate” atta a promuovere una cultura della responsabilità all'interno del sistema industriale.

Anche a livello nazionale, sono sempre maggiori gli oneri, e spesso anche gli obblighi, di collaborazione attiva e di autoresponsabilizzazione che il legislatore, proprio sulla scorta della normativa europea ed internazionale, impone ai così detti soggetti metaindividuali (persone giuridiche, enti non riconosciuti, etc...) e, tra questi, alle società che operano nel mercato e negli altri settori sottoposti a vigilanza, al fine di contrastare gli illeciti commessi dalle persone fisiche.

Tale nuovo approccio si riflette anche sull'attività delle Autorità di vi-

gilanza, le quali, anziché dettare norme puntuali e dettagliate cui i soggetti operanti nel settore vigilato devono passivamente adeguarsi, affidano ai predetti soggetti il compito di autodisciplinarsi, dotandosi di proprie regole organizzative e di norme interne conformi alle diverse finalità individuate volta per volta dalla normativa di rango primario e secondario.

Va detto comunque che gli oneri di “buona organizzazione” imposti ai soggetti metaindividuali non rappresentano propriamente una novità legislativa assoluta ma, al contrario, sono contemplati da tempo e sotto diverse forme all’interno del nostro ordinamento giuridico.

Le considerazioni svolte richiamano, anzitutto, la normativa contenuta nel Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto nel nostro ordinamento la “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”.

Adottato in esecuzione della delega contenuta nella Legge n. 300 del 2000, il D.Lgs. n. 231/2001 si inserisce nell’ampia gamma di progetti ed interventi normativi- da quelli di livello sopranazionale a quelli rappresentati dal Progetto Grosso di riforma del Codice Penale- volti ad arginare la criminalità di matrice economica, attraverso sanzioni amministrative comminate direttamente agli enti.

Come si legge nella Relazione accompagnatoria al decreto, scopo della delega legislativa era introdurre nel nostro ordinamento una “articolazione di un sistema di responsabilità sanzionatoria amministrativa degli enti”, anche alla luce del fatto che “la quasi totalità degli strumenti internazionali e comunitari in specie, in una pluralità eterogenea di materie, dispone la previsione di paradigmi di responsabilità delle persone giuridiche, a chiusura delle previsioni sanzionatorie”. Talché la riforma sembrava oramai improcrastinabile.

Il Governo del nostro Paese, con l’emanazione di tale norma, ha previsto la responsabilità penale degli enti associativi in aggiunta a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito.

Già ante riforma, gli artt. 196 e 197 c.p. prevedevano e prevedono tuttora un’obbligazione civile per il pagamento di multe ed ammende inflitte, ma solo in caso di insolvibilità dell’autore materiale del fatto.

L’ampliamento della responsabilità mira invece a coinvolgere nella punizione di taluni illeciti penali il patrimonio degli enti e, in definitiva, gli interessi economici dei soci i quali, fino all’entrata in vigore della normativa in esame, non pativano conseguenze dalla realizzazione di reati commessi, con vantaggio della società, da amministratori e/o dipendenti.

L'innovazione legislativa, perciò, è particolarmente rilevante, in quanto né l'ente, né i soci di società o associazioni possono dirsi estranei al procedimento penale per i crimini commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente.

È stato così individuato un nuovo genere di colpevolezza che, pur essendo compresa nell'ambito dell'illecito amministrativo e pur utilizzando la denominazione, richiede, tuttavia, il rispetto dei principi di diritto penale nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva del diritto penale con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia che lo stesso deve offrire.

Definita amministrativa dal decreto stesso, ma in realtà penale a tutti gli effetti, la responsabilità dell'ente è, infatti, strettamente agganciata alla commissione di un fatto di reato e la sede in cui essa viene accertata è il processo penale con tutto il corredo delle sue garanzie¹.

A conforto di quanto si va affermando, basti rilevare il contenuto degli artt. 2 e 3 del decreto 231/2001 i quali richiamano principi di natura espressamente penalistica. Si prevedono, infatti, i principi di legalità, di riserva di legge, di tassatività, di irretroattività, del "favor rei" ed il divieto di analogia.

Sebbene, quindi, non si tratti di una vera e propria responsabilità penale, l'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente e l'applicazione delle relative sanzioni sono attribuite al giudice penale.

È stato così realizzato un sistema che formalmente prevede una responsabilità di tipo amministrativo, ma che sostanzialmente presenta tutti i requisiti di una responsabilità penale; responsabilità direttamente riaccordata al presupposto penalistico della commissione di reati.

La responsabilità in parola, in estrema sintesi, può essere definita come quella responsabilità derivante dagli illeciti penali commessi nell'interesse ed a vantaggio dell'ente sia da persone in posizione apicale sia da funzionari sottoposti².

¹ Cfr. C. E. PALIERO, *I criteri di imputazione e i modelli di organizzazione nelle società*, relazione al Convegno svoltosi a Milano il 10 ottobre 2003 sul tema "Il processo alle società"; così in dottrina G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Zanichelli, quarta edizione.

² Cfr. A. FILIPPINI, *Adempimenti conseguenti all'entrata in vigore del Decreto Legislativo 231/2001*. Relazione presentata al Convegno sul D.Lgs. 231/2001 organizzato da PitConsulting il 2/3/2006 a Milano.

2. Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ed il suo ambito di applicazione

L'art. 1 del decreto stabilisce quali siano i destinatari della normativa. Vi si dice infatti che la norma si applica:

- 1) agli enti forniti di personalità giuridica;
- 2) alle società e alle associazioni anche prive di personalità giuridica.

In via meramente esplicativa, ma non certo esauriente, possono essere individuati come soggetti a cui la normativa si applica: società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società per azioni con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici, società per azioni di interesse nazionale, società estere di tipo diverso da quelle nazionali (art. 2057 c.c.), società cooperative, mutue assicuratrici, società di persone in genere, intermediari finanziari, società di intermediazione mobiliare (Sim), imprese di investimento, società di investimento a capitale variabile, società di gestione di fondi comuni di investimento, società di revisione, associazioni e fondazioni, associazioni non riconosciute, comitati e, per quanto riguarda il settore sportivo, federazioni sportive (divenute associazioni con personalità giuridica privata col D.Lgs. 242/1999) e società sportive, associazioni sportive dilettantistiche e società dilettantistiche senza fine di lucro.

Invece, il decreto non si applica allo Stato, agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, agli enti pubblici territoriali, agli enti pubblici non economici. Enti, questi, individuabili nei partiti politici, sindacati, Corte Costituzionale, C.N.E.L., CSM, Regioni, Province e Comuni, e, sempre in ambito sportivo nazionale, nel CONI, SPORTASS, Associazioni Benemerite e, tra le F.S.N. il CAI e l'ACI.

Sono altresì esclusi gli enti così detti "misti", ossia quelli che, magari in seguito ad un processo di privatizzazione, agiscono *iure privatorum* pur continuando a svolgere una funzione di pubblica utilità, come le università pubbliche, le aziende ospedaliere e le aziende private che erogano un pubblico servizio. Infine, in virtù della recente sentenza del 22 aprile 2004, n. 18941, della sezione VI della Corte di Cassazione Penale, non sono comprese nel novero dei destinatari le ditte individuali, alle quali sarebbe incoerente riconoscere una carenza organizzativa colposa, che è il nucleo della nuova responsabilità.

Ai sensi dell'art. 6, comma 4, sono altresì esclusi gli enti di piccola dimensione- per i quali la norma non fornisce peraltro alcuna indicazione atta a quantificarne la grandezza- che ottengono quindi un trattamento di favore dal legislatore nazionale al fine di spingerli a far propri i principi comunitari di lealtà e probità economica oltreché morali che hanno ispi-

rato l'intervento del legislatore italiano. (cfr. Raccomandazione 2003/361/CE).

Infatti, l'art. 5 imputa all'ente una "culpa" in organizzazione autonoma ed ulteriore rispetto a quella del soggetto autore per i reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da soggetti con cui vi sia un rapporto di immedesimazione organica o di subordinazione.

L'ampliamento della responsabilità mira a coinvolgere nell'applicazione della pena per taluni illeciti penali non solo il patrimonio degli enti, ma anche gli interessi economici dei soci i quali, fino all'entrata in vigore della legge da qua non venivano affatto coinvolti dalle conseguenze della realizzazione di reati eventualmente commessi, a vantaggio della società, dagli amministratori e/o dipendenti.

Il principio della personalità della responsabilità penale infatti lasciava queste figure indenni da qualsiasi conseguenza sanzionatoria, con esclusione dell'eventuale azione per risarcimento del danno, se applicabile³.

Sul piano penale poi, la nuova normativa produce effetti a dir poco dirompenti in quanto né l'ente, né i soci possono dirsi estranei al procedimento penale per reati commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Tutto questo determina un interesse di quei soggetti che partecipano alle vicende patrimoniali dell'ente, al controllo della regolarità e della legalità dell'operato sociale.

Superando il principio *societas delinquere non potest*, il D.Lgs. n. 231 ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano un sistema di responsabilità di enti collettivi conseguente a reato, espressamente definita, come detto, responsabilità amministrativa. Quale che sia la natura giuridica di questa responsabilità da reato, certo è che in tutta la normativa è riferita esclusivamente ad enti, termine che ricomprende l'intero arco dei soggetti di diritto metaindividuali. Viene infatti preso in considerazione l'ente collettivo "quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni e attività di soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente". Va detto poi che la responsabilità dell'ente è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche, e resta regolata dal diritto penale comune.

³ Si pensi ai casi diffusi nel settore calcistico dei bilanci in rosso di alcune società professionistiche ottenuti gonfiando il prezzo d'ingaggio dell'atleta o allo scandalo delle false fidejussioni bancarie per ottenere l'iscrizione ai campionati, illeciti che oggi avrebbero conseguenze sanzionatorie di ben altra entità rispetto a quelle irrogate.

3. La responsabilità “da reato” degli enti

In linea con la *ratio* della riforma, l'art. 5 del D.Lgs. 231/2001 dispone che “l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da 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; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”. Del fatto di reato risponde personalmente e non solidalmente, anche la persona giuridica per “colpa d'impresa” o per colposa disfunzione organizzativa. Quanto ai soggetti legati alla società da rapporti di subordinazione, rientrano in questa categoria, e quindi soggetti alla legge, anche gli agenti, i distributori, i concessionari di vendita e tutti i collaboratori occasionali ed indipendenti che sono posti, in forza di un atto negoziale, sotto il potere di direzione e di vigilanza dell'ente.

Secondo alcuni, quella introdotta dal D.Lgs. 231 è una materia “eversiva”, in quanto, da un lato, segnerebbe il superamento del noto brocardo *societas delinquere non potest* – in base al quale solamente le persone fisiche possono commettere reati e, conseguentemente, essere destinatari di sanzioni penali – e, dall'altro, introdurrebbe una forma di responsabilità per fatto-reato altrui.

È senz'altro vero che, in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico italiano, le norme penali incriminatrici e sanzionatorie sono destinate esclusivamente alle persone fisiche; tuttavia, anche dopo il D.Lgs. n. 231, saranno solo ed esclusivamente le persone fisiche a commettere delitti e contravvenzioni, subendone le conseguenze penali, mentre gli enti incorreranno – come accade già in altre discipline (antitrust, privacy, etc.)- in sanzioni amministrative.

Quella ascritta agli enti dal citato decreto è, infatti, una forma, per quanto sui generis la si voglia considerare, di responsabilità connessa sì ad un reato consumato da una persona fisica, ma pur sempre derivante da un illecito amministrativo commesso dai medesimi soggetti metaindividui destinatari della normativa.

In altri termini, la responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica è legata alla responsabilità penale della persona fisica, incardinata nell'organizzazione dell'ente, che ha agito nell'interesse o nel vantaggio di quest'ultimo, ma è, comunque, costruita come una autonoma responsabilità amministrativa per fatto proprio.

Per quanto attiene alla circostanza che si tratta di una responsabilità per fatto proprio, questa appare evidente se si tiene conto che quella disciplinata dal D.Lgs. n. 231 è una fattispecie a struttura complessa: da un lato vi è la commissione dell'illecito penale da parte della persona fisica e, dall'altro, vi è la colpa organizzativa della persona giuridica, che non ha negligenzemente predisposto gli idonei meccanismi penalpreventivi di cui agli artt. 6 e 7 del decreto.

Il reato commesso dalle persone fisiche rappresenta, in altri termini, non già la causa della responsabilità della persona giuridica, bensì un semplice presupposto che discende dalla *culpa in istituendo*, vera origine della responsabilità per l'ente e direttamente ascrivibile ad esso.

In conclusione, quella disciplinata dal D.Lgs. n. 231 è una responsabilità amministrativa per fatto proprio, collegata alla commissione di un illecito penale, ma ascrivibile ad una negligenza organizzativa del soggetto metaindividuale. Non si tratta altro che di un aspetto particolare di ciò che viene definito "rischio di organizzazione". A seguito della disciplina introdotta dal decreto in oggetto, il rischio di impresa si estende, pertanto, sino a comprendere, fra le altre voci, anche la commissione di reati da parte di soggetti incardinati nell'organizzazione dell'ente.

Alla linearità della legge si contrappongono non pochi elementi di incoerenza che impediscono una precisa identificazione della natura della responsabilità. Sul punto la dottrina si è divisa in due: da un lato, vi sono i sostenitori della natura penale, dall'altro, quelli che invece la ritengono amministrativa, tra i quali si colloca la scrivente. La soluzione proposta dalla Commissione Ministeriale nella relazione accompagnatoria è sintomatica della complessità della questione, in quanto descrive la responsabilità in oggetto come *tertium genus*, ossia un diverso tipo di responsabilità, non completamente riconducibile né a quella penale né a quella amministrativa. Infatti, nonostante la titolazione, l'art. 2, rubricato "Principio di legalità", e l'art. 3, "Successione di leggi nel tempo", fanno sorgere più di un legittimo sospetto circa il reale carattere penale della responsabilità oggetto della legge in esame. Questo anche se il Capo III, all'art. 34, rimanda esplicitamente al codice di procedura penale, e attribuisce all'art. 36, la competenza della cognizione della causa al giudice penale.

Spetta poi alla giurisprudenza determinare l'intensità del potere di direzione e vigilanza idoneo a far scattare il criterio di imputazione della responsabilità e in tale interpretazione sarà fondamentale la *ratio legis*, con l'intenzione di evitare attraverso sistemi di deleghe esterne, prassi elusive del sistema di controllo.

In linea generale può dirsi che si tratta di benefici derivanti all'impresa dall'attività illegale, nel caso del vantaggio, da interessi come beneficio patrimonialmente valutabile, nel caso dell'interesse, come beneficio latamente inteso. Come si legge nella Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231, l'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e si accontenta di una verifica ex ante; mentre per il vantaggio, questo può essere tratto dall'ente anche se la persona fisica non abbia agito nell'interesse dell'ente medesimo e si fonda su una verifica ex post.

4. La definizione dei reati e le sanzioni

I reati di cui si parla costituiscono dei reati-presupposto previsti dagli artt. 24, 25, 25-bis e 25-ter del D.Lgs. n. 231/2001, come modificato dall'art. 3 del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

Le azioni di rilievo devono essere poste in essere (art. 5) da:

- persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale;
- persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dell'ente o di una sua unità organizzativa autonoma (il c.d. amministratore di fatto);
- persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui ai punti precedenti.

L'ente, invece, non risponde se le persone che ricoprono incarichi "apicali" ovvero soggette "all'altrui direzione", hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Per quanto riguarda i reati commessi dai soggetti sopra indicati, e la conseguente responsabilità amministrativa dell'ente, si individua, nella lettura della norma, una duplice situazione:

- inversione dell'onere della prova, nel caso di reati commessi dai soggetti in posizione apicale: è l'ente a dover dimostrare di non essere responsabile e di essersi attenuto agli obblighi sanciti dall'art. 6 del D.Lgs. in esame. Tale inversione dell'onere della prova è giustificato dal fatto che il legislatore presume che i soggetti "apicali" meglio conoscano la strategia aziendale. Va anche detto che se si tratta, come in questo caso, di persona legittimata secondo la struttura statutaria a rappresentare la volontà dell'ente; sembra evidente che per effetto del rapporto di

immedesimazione organica tra persona fisica e persona giuridica, la volontà dolosa dell'individuo è al tempo stesso volontà dell'ente;

– onere della prova a carico dell'Autorità Giudiziaria, nel caso di reati commessi da soggetti dipendenti: è l'accusa a dover dimostrare la cd. "colpa di organizzazione", ovvero l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza che ha reso possibile la commissione del reato ovvero l'inefficacia del modello di organizzazione, gestione e controllo, secondo quanto disciplinato dall'art. 7 del D.Lgs. n. 231.

Principio fondamentale, introdotto dall'art. 8 del decreto, è quello dell'autonomia della responsabilità dell'ente.

Dispone, infatti il legislatore, che la responsabilità amministrativa sussiste in capo all'ente anche nel caso in cui:

- l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile;
- il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia (art. 8, comma 2).

È quindi di chiara evidenza che in capo all'ente gravi un titolo autonomo di responsabilità, ancorché necessitante di un reato-presupposto. Sul punto, la relazione ministeriale così si esprime: "Se...il meccanismo punitivo è stato congegnato in modo tale da rendere le vicende (processuali) delle persone fisiche e quelle dell'ente tra loro strettamente correlate (il *simultaneus processus* risponde non soltanto ad esigenze di economia, ma anche alla necessità di far fronte alla complessità dell'accertamento), ciò non toglie che in talune ipotesi, l'inscindibilità tra le due possa venir meno".

Come abbiamo appena evidenziato, una delle cause di scindibilità tra procedimento penale relativo al reato-presupposto e procedimento per responsabilità amministrativa, è rappresentata proprio dalla mancata identificazione o non imputabilità dell'autore materiale del reato.

Sul punto si ricorda, peraltro, che – secondo la regola generale – la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati-presupposto (art. 36, comma 1), e che, nell'ambito del procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo in esame, si osservano le disposizioni processuali collegate ai reati-presupposto (art. 36, comma 2). Ancora, il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato-presupposto (art 37 D.Lgs. n. 231/2001).

In deroga ai principi generali, l'art. 8 del D.Lgs. n. 231/01 sancisce l'autonomia del procedimento per responsabilità amministrativa anche nel caso di autore del reato non identificato o non imputabile.

Sul punto, nella relazione ministeriale si legge che nel caso di reato

commesso da autore non identificato ci si trova di fronte ad un reato completo di tutti i suoi elementi e giudizialmente accertato, sebbene il reo non risulti punibile. Ancora, secondo la medesima relazione, in tale circostanza non vi sarebbe stata alcuna ragione di escludere la responsabilità dell'ente in quanto la mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa, anzi esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità in esame.

Di conseguenza, in tutte quelle ipotesi in cui, causa la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ricondurre la responsabilità penale in capo ad uno specifico soggetto, e venga comunque accertata la commissione di un delitto, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo, a condizione che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello di organizzazione, gestione e controllo.

Pur se sul piano strettamente nozionistico tale assunto ha una sua ragione, non è però totalmente condivisibile per i seguenti motivi.

Come ricordato, in diversi passaggi della relazione ministeriale, anche nel caso di responsabilità ex D.Lgs. n. 231/01 si applica l'art. 27 Cost. secondo cui la responsabilità penale è personale. Inoltre, ai fini della responsabilità oggetto del presente studio, il reato dovrà essere, oltre che espressione della strategia aziendale ovvero derivante da colpa organizzativa, collegabile all'ente sul piano oggettivo, nei già ricordati termini di interesse e/o vantaggio. E certamente, come peraltro evidenziato da autorevole dottrina⁴, se già non risulta agevole dimostrare l'intenzione dell'agente di operare nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ancor meno agevole risulterà poter dimostrare questa *voluntas* nel caso in cui l'agente sia sconosciuto.

Peraltro si deve anche ricordare che la responsabilità dell'ente è esclusa qualora gli autori abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Ma come si potrebbe dimostrare questo interesse esclusivo se l'autore non viene identificato? Va ricordato, infatti, che l'interesse – riguardante la volontà/proposito dell'autore materiale del reato – deve essere valutato ex ante.

Tale aspetto ha ripercussioni anche nelle ipotesi di riduzione della

⁴ U. NANNUCCI, *Responsabilità delle società-D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Il fisco*, n. 9/2003.

sanzione pecuniaria: la sanzione pecuniaria è ridotta qualora l'autore del reato abbia commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato alcun vantaggio o, quantomeno, un vantaggio minimo. In questa ipotesi sono necessarie due condizioni contestuali, la seconda delle quali (il vantaggio minimo o nullo) è facilmente dimostrabile, in quanto abbisogna di una mera valutazione ex post per quantificare in concreto il risultato della condotta. Ma come si dimostra il prevalente interesse dell'autore o di terzi se l'autore resta ignoto?

Altro aspetto da sottolineare è rappresentato dall'art. 5 del D.Lgs. n. 231, il quale individua chiaramente i soggetti attivi dai quali possa scaturire la responsabilità amministrativa degli enti, assimilando tale responsabilità alla figura dei c.d. "reati propri". Resta oltremodo difficile comprendere, dunque, come possa ravvisarsi responsabilità in capo all'ente in caso di mancata identificazione dell'autore materiale del reato che costituisce antecedente necessario per l'insorgenza della suddetta responsabilità amministrativa. E difatti la nuova forma di responsabilità degli enti presuppone la sussistenza di un legame funzionale che ricolleggi l'autore materiale del reato alla struttura organizzativa dell'ente di appartenenza. Né si può comprendere come si possa prescindere dall'individuazione dell'autore materiale del reato laddove l'art. 5 del provvedimento richiede una valutazione ex ante dell'interesse che ha mosso l'autore, necessaria per la configurabilità di responsabilità in capo all'ente, né l'art. 12, che individua tra le cause di riduzione della sanzione pecuniaria il fatto che l'autore abbia commesso l'illecito nel prevalente interesse proprio o di terzi.

In conclusione, la mancata individuazione dell'autore del reato comporterebbe la mancanza dei presupposti necessari per la sussistenza della responsabilità dell'ente e per la qualificazione della sanzione⁵.

Altra ipotesi di responsabilità autonoma dell'ente prevista dall'art. 8, lett. b) del decreto si verifica nel caso di estinzione del reato, in capo all'autore, per cause diverse dall'amnistia. (art. 150 ss. c.p.). Di contro, l'art. 60 stabilisce che non può procedersi ad alcuna contestazione nel caso in cui il reato-presupposto sia estinto per prescrizione. Come si raccordano queste due norme, in apparenza contraddittorie? Secondo parte della dottrina, l'art. 60 vieta la contestazione a prescrizione avvenuta,

⁵ Cfr. F. CHIRICO, *Le indagini finalizzate all'accertamento della responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, in "Fiscooggi.it" giornale telematico dell'Agenzie delle Entrate, 2003.

mentre il procedimento per l'illecito si mantiene in vita se, dopo la contestazione, si estingue il reato per causa diversa dall'amnistia⁶.

Altro punto che richiede una riflessione è rappresentato dall'art. 37, che disciplina i casi di improcedibilità. Secondo quanto stabilito dal legislatore, non si procede all'accertamento dell'illecito amministrativo qualora l'azione penale nei confronti dell'autore del reato non possa essere iniziata o proseguita per la mancanza di una condizione di procedibilità.

Le condizioni di procedibilità sono disciplinate dal libro V, titolo III del codice di procedura penale, in ottemperanza al dettato dell'art. 34 secondo cui per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme, in quanto compatibili, del codice di procedura penale.

Tra le condizioni di improcedibilità viene individuata anche la remissione di querela, prevista dall'art. 34 c.p.c. L'istituto della remissione di querela viene anche disciplinato dall'art. 152 c.p., secondo cui "estingue il reato". Ma il D.Lgs. 231/01 non stabilisce l'autonoma responsabilità dell'ente nel caso di estinzione del reato per causa diversa dall'amnistia? In caso di risposta positiva, come si conciliano queste due disposizioni (artt. 5 e 37), tra loro contraddittorie?

5. Il D.Lgs. n. 231/2001 e riforma dei reati societari. Proposte di sistemi organizzativi interni

Con l'emanazione del D.Lgs n. 61/2002, si prevede l'inserimento nel D.Lgs. n. 231/2001 dell'art. 25-ter (Reati societari), che introduce specifiche sanzioni a carico dell'ente "*in relazione a reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società da amministratori, direttori generali, liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si sarebbe realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica*".

Ancorché il testo di tale articolo non menzioni esplicitamente i due elementi che caratterizzano il D.Lgs. n. 231/2001 – il "Modello di organizzazione, gestione e controllo" e l'"Organismo di vigilanza" – il riferimento ad essi può ritenersi implicito per effetto dell'inquadramento della norma nella disciplina citata. Inoltre, anche a prescindere da un'espressa previsione normativa, la loro predisposizione, oltre ad assumere in sede

⁶ Cfr. U. NANNUCCI, *op. cit.*

processuale un'importante valenza probatoria della volontà dell'ente di eliminare i difetti di organizzazione che possano facilitare la commissione di determinati illeciti, può effettivamente assicurare un'accresciuta trasparenza delle procedure e dei processi interni all'impresa e, quindi, maggiori possibilità di controllo dell'operato del *management*.

Per meglio chiarire lo spirito sotteso alla norma ed in favore dell'interpretazione sopra sostenuta può essere utile riportare la seguente precisazione contenuta negli atti parlamentari relativi al decreto n. 61: *“Appare positivo, ai fini preventivi, che i soci sappiano che almeno parte del loro investimento può essere eroso dalla condotta illecita dei manager, stimolando così l'attività di controllo; ma lo stesso circolo virtuoso, può riferirsi anche alla struttura cui è affidata la gestione, che dovrebbe essere sollecitata ad intraprendere le azioni necessarie per evitare che si creino condizioni favorevoli alla commissione di reati”*. Viene ancora evidenziato che *“questa pressione sui vertici della società giustifica anche la previsione di una responsabilità in capo alla società nei casi in cui il reato sia stato commesso da soggetti non apicali, ma avrebbe potuto essere impedito da un'adeguata e doverosa vigilanza dei soggetti sovraordinati”*. I lavori parlamentari sottolineano infine il principio secondo il quale è comunque il giudice del fatto di reato che *“conoscendo l'intera vicenda, può meglio di altri apprezzare l'efficacia preventiva di quanto la società si propone di attuare, allo scopo di evitare gli illeciti societari da tale normativa”*.

Dei reati, come detto, si occupa sia l'art. 25 bis del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 inserito ex art. 6 del D.L. 350/2001, convertito con modificazioni nella Legge 409/2001, che il D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 in tema di disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali, ed anche la Legge 11 agosto 2003, n. 228. Tra i reati previsti nell'art. 25 quinquies, introdotto dalla legge 11 agosto 2003, n. 228, recante *“Misure contro la tratta delle persone”*, si sono introdotti delitti contro la personalità individuale, fattispecie che può in divenire avere sviluppi considerevoli.

Le ipotesi di ampliamento dell'elenco delle fattispecie di reato rientranti nell'applicazione di questa disciplina, trova attuazione nei reati in materia di tutela dei beni ambientali e culturali, degli infortuni sul lavoro, di tutela della pubblica incolumità.

Tutto ciò farà sì che, quando sarà commesso uno dei reati considerati, nell'interesse dell'impresa, se non sarà stato preventivamente posto in essere un *“modello”* adeguato a prevenirli con ragionevole certezza e non sarà stato istituito e reso operativo l'organismo di vigilanza, sulla società

si abatteranno le sanzioni pecuniarie specificamente previste dal citato art. 25-ter, sanzioni che possono essere particolarmente pesanti.

Va detto che la responsabilità patrimoniale degli enti è autonoma e svincolata dalle vicende punitive dell'autore del reato. L'ente risponde infatti con tutto il suo patrimonio o fondo comune anche se l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile o il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. L'ente sarà punibile anche per i reati tentati.

Quanto al tipo di sanzione, essa può consistere in una pena pecuniaria e interdittiva.

Per la commisurazione della sanzione pecuniaria è previsto un sistema "per quote", introdotto dal decreto, volto a rendere trasparente il criterio seguito dal giudice e la valutazione data a ciascuno dei predetti elementi. Tale sistema va da un minimo di 100 quote a un massimo di 1000, mentre l'importo di ogni quota va da un minimo di € 258.00 ad un massimo di € 1.549.00 (art. 10 D.Lgs n. 231/2001). Di conseguenza la sanzione non può essere inferiore a € 25.822.00, né superiore a € 1.549.370.00.

Le sanzioni interdittive, una o più, sono inoltre previste in aggiunta alle pecuniarie e prevedono: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventualmente revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi. Queste ultime in particolare sarebbero di evidente gravità per gli enti sportivi in quanto comporterebbe il venire meno di alcune delle fonti di finanziamento più cospicue come i contratti di sponsorizzazione, di merchandising, i contratti di abbinamento nonché l'esclusione dai finanziamenti agevolati per l'impiantistica sportiva del Coni, delle regioni e dell'Istituto per il credito sportivo, come avremo modo di trattare nel proseguo del lavoro (Parte 2).

Le misure interdittive sopra dette possono essere applicate anche in via cautelare (artt. 45 D.Lgs. 231/2001 e 291 c.p.p.). Ciò si verifica quando l'ente ha tratto dal reato un profitto rilevante ed il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero sottoposti all'altrui direzione e se, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata da gravi carenze organizzative.

Il provvedimento è immediatamente esecutivo (art. 14 d.lgs. cit.) e può prevedere una durata anche di un anno (artt. 53 e 54).

La disciplina risulta dunque particolarmente gravosa atteso che l'irrogazione di una misura interdittiva è potenzialmente in grado di provocare una paralisi della società e conseguenti danni di non poco momento. Ci si potrebbe dunque trovare nella necessità di cercare la più rapida conclusione del procedimento, rinunciando a far valere i propri diritti e a difendersi, al solo scopo di recuperare la possibilità di svolgere l'attività propria dell'ente.

Non è detto che l'ente debba sempre e comunque rispondere anch'esso della commissione del reato. È stato ritenuto opportuno consentire la dimostrazione della propria estraneità rispetto al reato in via preventiva. A tal fine viene richiesta l'adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio-reato e cioè volti ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati. Requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga poi efficacemente attuato.

In altri termini, la specifica colpevolezza dell'ente si configurerà quando il reato commesso da un suo organo o sottoposto rientra in una decisione imprenditoriale ovvero quando esso è conseguenza del fatto che l'ente medesimo non si è dotato di un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati del tipo di quello verificatosi o ancora che vi è stata al riguardo omessa o insufficiente vigilanza da parte degli organismi dotati di potere di controllo, c.d. *Compliance Officer*⁷.

L'opportunità offerta dalla normativa e dal previsto sistema d'integrità aziendale serve non come mero scudo formale per proteggersi dalle sanzioni pecuniarie ed interdittive previste, ma come un reale progetto di assunzione di responsabilità da parte delle imprese volto a migliorare l'integrazione delle imprese stesse nella società, nonché la loro immagine pubblica.

Da ciò nasce dunque la duplice esigenza di: *a)* approntare specifiche misure organizzative e procedurali atte a fornire ragionevole garanzia di prevenzione di questa tipologia di reati; *b)* precisare i compiti principali dell'Organismo di vigilanza per assicurare l'effettivo, efficace, efficiente e continuo funzionamento del modello stesso.

L'efficace attuazione del modello richiede, inoltre, una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso qualora emergano significative

⁷ Cfr: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, quarta edizione.

violazioni delle prescrizioni in esso contenute, ovvero quando intervengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'ente. Per garantire l'idoneità del modello è, quindi, necessario un continuo monitoraggio delle aree e dei settori a rischio.

Il contenuto del modello organizzativo può essere sostanzialmente suddiviso in tre capitoli:

- a) individuazione delle attività dell'ente che risultano potenzialmente a rischio commissione reati e predisposizione di strutture di monitoraggio delle attività a rischio;
- b) codice etico;
- c) sistema disciplinare.

L'adozione di principi etici rilevanti ai fini della prevenzione dei reati ex D.Lgs. n. 231/2001 costituisce un elemento essenziale del sistema di controllo preventivo. In termini generali, il codice etico è un documento ufficiale che contiene l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità degli esponenti aziendali. Lo stesso deve essere strutturato, nelle sue linee essenziali, in modo tale che vengano garantiti i seguenti principi: il rispetto di leggi e regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui l'ente opera; ogni operazione e transazione deve essere correttamente registrata, autorizzata, verificabile, legittima, coerente e congrua; rapporti di correttezza con gli interlocutori dell'ente: Pubblica Amministrazione, pubblici dipendenti e nel caso di ente concessionario di pubblico servizio, interlocutori commerciali privati.

In definitiva, vanno individuate e dissuase quelle condotte penalmente rilevanti che possono arrecare un vantaggio patrimoniale all'ente. L'inservanza del codice e dei modelli organizzativi è sanzionabile in via disciplinare. Infatti, punto qualificante nella costruzione del modello, è costituito dalla previsione di un adeguato sistema sanzionatorio. Va sottolineato che la tipologia delle sanzioni irrogabili non può essere diversa da quella prevista dagli strumenti di contrattazione collettiva e rispettosa dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori. La sanzione disciplinare è autonoma rispetto alla sanzione penale ed è caratterizzata dai principi di tempestività ed immediatezza.

Condizione necessaria per l'esonero di responsabilità è poi l'istituzione di un organismo di vigilanza che deve essere costituito all'interno dell'ente e deve essere caratterizzato dai requisiti di professionalità, autonomia ed indipendenza, continuità di azione. Solo per gli enti di piccola dimensione di cui all'art. 6, comma 4 della norma in questione, è consentito eccezionalmente all'organo amministrativo di ricoprire il ruolo di organo di vigilanza. Come innanzi detto la norma non chiarisce cosa debba

intendersi per “enti di piccole dimensioni”, ma sembra possibile pensare che il riferimento sia a livelli dimensionali ridotti, in cui vi sia coincidenza necessaria tra direzione e proprietà, oltre ad un ristretto numero di dipendenti. Al contrario, per gli enti di dimensione medio grande è perfettamente coincidente la figura dell’organo di vigilanza voluto dal decreto 231 con gli organi di controllo introdotti con i nuovi sistemi di governance dalla recente riforma societaria, come ad esempio il consiglio di sorveglianza ed il comitato di controllo.

La differenziazione sopra indicata ha rilevanza nel settore sportivo ove coesistono una pluralità di enti di varia dimensione, dotati o meno di personalità giuridica, di tipo associativo (associazioni dilettantistiche, associazioni con personalità giuridica privata) o societario (spa o srl, nel settore professionistico), Enti morali ed altro.

In conclusione si deve ribadire l’importanza della diffusione e del radicamento nelle imprese di una nuova cultura del controllo, della legalità e delle regolarità volta all’ottimizzazione delle risorse. Tale convinzione è avvalorata anche dai principi di *Corporate Governance*, dai quali si ricava che il sistema di governance di una società è l’insieme di criteri e di strumenti necessari ad assicurare nel lungo periodo creazione di valore, efficacia strategica ed efficienza gestionale ad una organizzazione che svolge attività commerciale, come scopo tipico o solo strumentale come può essere nel settore sportivo, che opera nel pieno rispetto delle regole, il cui funzionamento è incentrato sul concetto di “gestione del rischio” e su valori quali etica, integrità e trasparenza ⁸.

⁸ Già da qualche anno il legislatore comunitario (Commissione, Consiglio e Parlamento) sta elaborando una legge che regolamenti i contratti commerciali cui i paesi aderenti dovranno uniformarsi (Common Frame of Reference).