

Società di capitali

Amministratore diligente e facoltativa adozione del *compliance program* ex D.Lgs. n. 231/2001 da parte dell'ente collettivo

TRIBUNALE DI MILANO, Sez. VIII, 13 febbraio 2008, n. 1774 - Pres. e Rel. Dott. F. Ciampi - Dott. U. Ferraris - Giudice - Dott. V. Perozziello - Giudice

Società di capitali - Amministratore delegato - Inadeguatezza dell'assetto organizzativo - Responsabilità verso la società per mala gestio - Azione sociale di responsabilità - Condanna generica al risarcimento dei danni - Concorso colposo della società.

(artt. 2380 bis, 2381, 2392, 2393, 1227 Cod. civ.; artt. 6, 7 e 9, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231)

I. Presidente ed A.D. di una società di capitali che abbia omesso l'adozione di un Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, intervenuta la sua condanna penale, in concorso con altri organi sociali, per reati di corruzione, turbativa d'asta e truffa, nonché quella della società medesima per responsabilità amministrativa per illecito da reato, è obbligato a risarcire alla società esercente l'azione di responsabilità i danni da essa subiti per effetto della mancata attivazione del presidio penal-preventivo (*massima non ufficiale*).

Il Tribunale (omissis).

Giudica il Collegio che la domanda attorea (X Spa) sia parzialmente fondata e meriti, quindi, di essere accolta nei termini di cui appresso.

Si discute in giudizio dell'assunta responsabilità del Convenuto amministratore (A.D. Y) con richiesta in questa sede, di una condanna solo generica (senza avversa esistenza sul punto).

Risulta pacifico, tra le Parti:

1) che il convenuto sia stato Presidente del C.d.A. ed Amministratore Delegato della società attrice dal 29.06.1992 al 18 maggio 2004;

2) che la società attrice sia stata sottoposta ad indagine per mancata predisposizione, nel suddetto periodo di tempo, di un adeguato modello organizzativo e gestorio ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 ed abbia, in proposito, patteggiato ed assolto una sanzione di euro 64.000,00;

3) che il convenuto sia stato processato per reati di corruzione, turbativa d'asta e truffa, commessi nell'ambito della suddetta posizione amministrativa ed, in tale contesto, abbia patteggiato e subito una condanna a pena detentiva.

Tale essendo il quadro dei fatti pacifici in giudizio si controverte, poi, tra le parti stesse, anzitutto, circa l'assunto di parte attrice secondo cui il convenuto sarebbe incorso in responsabilità per inadeguata attività amministrativa e dovrebbe, in questa sede, subire la condanna generica al risarcimento dei cagionati danni.

Ritiene questo Giudice che un siffatto assunto sia fondato nei limitati termini di cui appresso.

Va detto, anzitutto, che la responsabilità del convenuto per gli illeciti di cui alle penali imputazioni suddette (e che, certamente, integrano anche gli estremi di una *mala gestio* rilevante ai fini civilistici) emerge chiaramente da plurimi e concordi elementi:

– in primo luogo, le dichiarazioni rese in sede penale, in cui il convenuto ha riconosciuto che «(...) Per quanto riguarda il denaro consegnato a Z. e al W. in parte l'ho prelevato dalla cassa X Spa (...) Ho poi provveduto a recuperare quanto prelevato dalla cassa X Spa attraverso i depositi del cd. «Scheletro»»;

– inoltre la richiesta del patteggiamento, poi ottenuto;

– infine (*last, but no least*), la stessa posizione assunta in questa sede, nella quale i fatti addebitatigli non sono

stati, in buona sostanza, contestati dal convenuto, il quale si è difeso esclusivamente con chiamate in correità (che, certamente, non escludono la sua responsabilità) e con rilievi di difetto di danno (di cui si dirà appresso).

Va, peraltro, anche detto che, secondo il decidente Collegio, in concorso con l'azione dannosa del convenuto si è posto, come concausa dei lamentati danni, anche il comportamento della società attrice (art. 1227 c.c.), la quale, per lungo tempo ed attraverso l'azione collusoria di tutti gli altri suoi organi sia decisionali (di diritto o di fatto) che di controllo, ha, prima, creato un sistema di «fondi neri» per finanziare illecite attività ed ha, poi, svolto ampiamente tali attività, beneficiando dei correlativi risultati tutto senza azionare la responsabilità degli altri soggetti collusi.

Avuto riguardo, quindi, alle peculiarità del caso di specie, giudica il Collegio che tali concorrenti responsabilità di parti convenute ed attrice abbiano avuto un'efficienza causale paritaria (50% e 50%) nella produzione del lamentato danno.

Detto ciò, in generale, circa l'*an debeat* e passando, ora, all'analisi dei singoli addebiti attorei va detto, poi, sempre e solo nel contesto della cognizione di generica condanna che è stata richiesta in questa sede, che:

a) per quanto attiene all'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo, da un lato, il danno appare incontestabile in ragione dell'esborso per la concordata sanzione e, dall'altro, risulta altrettanto incontestabile il

concorso di responsabilità di parte convenuta che, quale Amministratore Delegato e Presidente del C.d.A., aveva il dovere di attivare tale organo, rimasto inerte al riguardo;

b) per quanto attiene ai prelievi indebiti dalle casse sociali essi, come sopra detto, sono stati riconosciuti in sede penale e spetterà, quindi, alle parti nel giudizio relativo al *quantum* di dimostrarne l'ammontare ovvero l'avvenuto rigurgito;

c) per quanto attiene al danno corrispondente alla diminuzione del fatturato ed alla assunta perdita di *chances*, per un verso, non ne è stata fornita la pur generica prova necessaria in questa sede e, per altro verso, una siffatta diminuzione appare il portato più che naturale della cessazione delle precedenti pratiche di illecita acquisizione del fatturato stesso.

Queste considerazioni hanno convinto il Tribunale della parziale fondatezza della domanda e ne giustificano l'accoglimento nei sopradetti termini e cioè solo per la metà dei danni subiti in connessione con l'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo e per i prelievi indebiti dalle casse sociali.

La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la soccombenza (art. 91 c.p.c): si ritiene equo liquidare tali spese, a favore di parte attrice, in Euro 321,83 per esborsi ed Euro 10.000,00 per diritti e per onorari e di porne il relativo onere su parte convenuta, in ragione della soccombenza solo parziale, per un quarto.

(*omissis*).

IL COMMENTO

di Sandro Bartolomucci

Lungi da superficiali semplificazioni, l'Autore pone in risalto il distinguo tra regime di facoltatività dell'adozione del Modello penal preventivo ex D.Lgs. n. 231 ed obbligatorietà di tale apprezzamento da parte dell'organo amministrativo. Ne consegue che il comportamento di questo ultimo, sostanziante un'inadeguata attività amministrativa, deve essere attentamente ricostruito e soppesato onde poterlo ritenere causalmente produttivo della condanna e del sanzionamento dell'ente collettivo per «deficit organizzativo»

Premessa

La recente pronuncia del Tribunale civile di Milano, qui brevemente annotata, riveste un carattere di sicuro interesse, subito colto dai primi commenti giornalistici (1).

Non tanto per la decisione della controversia, diremmo «scontata» alla luce del diritto vigente, quanto per il principio di diritto ribadito che involge aspetti proble-

matici ed applicativi che, nel seguito, proveremo a prospettare.

La fattispecie concreta

Successivamente ad un processo penale intentato nei confronti del presidente ed amministratore delegato di una società di capitali per la commissione - nell'arco temporale 1992/2004 in cui lo stesso ha rivestito le cariche - di reati di truffa e corruzione (artt. 24 e 25, D.Lgs. n. 231/2001), nonché del *simultaneus processus* nei confronti della persona giuridica imputata di responsabilità «amministrativa» per illecito da reato, procedimenti estinti con «patteggiamento» sia della persona fisica imputata (condannata ad una pena detentiva), che della persona giuridica (condannata ad una sanzione pecuniaria), viene proposta innanzi al Tribunale civile di Mila-

Nota:

(1) Cfr. Negri, *Amministratori tra due fuochi*, in *Il Sole 24 ore*, quotidiano del 22 ottobre 2008, 33.

no azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.) avverso il Presidente ed A.D. con richiesta di condanna al risarcimento dei danni arrecati con la sua *mala gestio*.

Il Collegio dispone la «condanna generica» ex art. 278 c.p.c. dell'amministratore - quindi, senza entrare nel merito della quantificazione del danno risarcibile - ed accoglie parzialmente la richiesta attorea, rinvenendo un concorso causale (art. 1227 c.c.) della stessa società i cui organi sociali di gestione (di diritto e di fatto) e di controllo sono stati collusi, avendo dapprima creato un sistema di «fondi neri» per il finanziamento delle attività illecite, quindi essendosene avvantaggiati.

Valutate le circostanze concrete, la condanna generica al risarcimento viene espressa in ragione paritaria (50%) tra convenuto e parte attrice, oltre al pagamento delle spese giudiziali in base al principio della soccombenza (art. 91 c.p.c.).

In merito alle eccezioni attoree di *mala gestio* dell'amministratore - circostanza questa acclarata in sede penale e, peraltro, non contestata dal convenuto che si è limitato, nella sua difesa, a chiamare in correità altri soggetti - assume un rilievo preminente la mancata adozione da parte dell'ente collettivo di un calibrato Modello di organizzazione, gestione e controllo con finalità penal preventiva ex D.Lgs. n. 231/2001, la cui esistenza avrebbe permesso al giudice penale investito del procedimento a carico della persona giuridica di valutarne la congruità ed effettività e, per l'effetto, di concedere alla stessa il previsto beneficio di esimente da responsabilità «amministrativa».

Con il che il Tribunale ambrosiano, nella valutazione del pregiudizio economico causalmente arrecato alla società da parte di colui che la gestiva con i più ampi poteri (cumulando le qualifiche di presidente e di amministratore delegato) - pregiudizio invero incontestabile attesa l'intervenuta condanna dell'ente ad una sanzione pecuniaria di circa € 64.000 - pronuncia la condanna dell'amministratore al risarcimento della metà dei danni causalmente arrecati per effetto dell'omessa assunzione di un *Compliance program*.

Così «fotografata» la vicenda concreta dalle risultanze del sintetico provvedimento qui commentato, non disponendo peraltro di informazioni afferenti i due giudizi pregressi, il penale e quello «amministrativo» a carico dell'ente collettivo, entrambi definiti con patteggiamento, concentriamo la nostra attenzione sulla responsabilità dell'amministratore per mancata adozione del Modello preventivo di legalità.

La normativa di riferimento

La proclamata responsabilità dell'amministratore per comportamento «inerte» impone l'individuazione della fonte normativa che legittima la ricomprensione dalla mancata adozione del Modello nel perimetro della *mala gestio*. Operazione che comporta un non agevole coordinamento tra principi di diritto espressi rispettivamente nel *corpus normativo* autoreferenziale del D.Lgs. n. 231/

2001 in merito all'adozione del *Compliance program* e nel codice civile nella sezione disciplinante l'amministrazione delle società capitalistiche.

Quanto al primo, è regola espressa dagli artt. 6 e 7, D.Lgs. 231 - e non contestata, salvo quanto diremo nel seguito - che l'adozione del Modello penal preventivo sia scelta facoltativa dell'ente collettivo (2), avente ad oggetto la volontaria attivazione nella prevenzione dei reati presupposto, opzione che può valergli («legittima aspettativa») la concessione del beneficio di esimente, sempreché il giudice, *post delictum*, valuti congruo ed effettivo il Modello assunto e, quindi, idoneo all'impedimento dei reati della medesima *species* di quello che, ciò nondimeno, è stato realizzato.

Tale beneficio trova ragione nella circostanza che non possa essere richiesto alla società che si sia adeguata più di quanto abbia fattivamente realizzato, facendo proprio un sistema prevenzionale eludibile solo fraudolentemente (3), ciò revocando *in nuce* una sua responsabilità per «deficit organizzativo» (art. 5).

Medesima *ratio* giustifica la concessione dei trattamenti premiali minori (ex artt. 12, 17, 49 e 78, D.Lgs. n. 231) nel caso in cui l'ente collettivo si attivi operosamente, ma tardivamente, in un momento successivo alla sua imputazione, adottando il Modello ed ottemperando ai comportamenti riparatori all'uopo richiesti.

La facoltatività del *Compliance program*

Quindi, il primo aspetto da considerare è dato dal principio di «facoltatività» dell'adozione del *Compliance program* cui si relazionano, quali corollari, la regola della libera valutazione dell'ente nella costruzione ed architettura del proprio Modello organizzativo, non prefigurando gli artt. 6 e 7, D.Lgs. cit. un prototipo elettivo, né uno *standard* di riferimento, nonché la regola della riserva esclusiva di valutazione della congruità ed efficacia del Modello adottato a cura del giudice penale.

Dicevamo dell'inopinabilità di tale assunto per quanto espresso dal D.Lgs. n. 231/2001. Tuttavia, proprio sulle pagine di questa Rivista (4) abbiamo riportato il

Note:

(2) Postulata la responsabilità personale ed autonoma dell'ente collettivo per il reato compiuto nel di lui interesse o vantaggio dal soggetto apicale o sottoposto, vige il principio volontaristico giusta gli artt. 6 e 7, D.Lgs. n. 231, atteso che nessuna sanzione è espressamente comminata per l'omessa adozione del Modello di prevenzione dei reati tipici antecedentemente alla realizzazione di uno di essi.

(3) Le Linee Guida di Confindustria, 31 marzo 2008, 14, utilizzano il concetto di «rischio accettabile» quale limite dell'azione di prevenzione dei rischi di business da parte dell'ente collettivo, che ricorre allorché i controlli aggiuntivi avrebbero un costo maggiore rispetto alla risorsa da proteggere.

(4) Cfr. Bartolomucci, *Modelli organizzativi obbligatori ed auto-validati: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001*, in questa Rivista, 2008, 4, 407. Per le argomentazioni e confutazioni a sostegno della regola della libera adozione e costruzione del Modello, vedasi anche Bartolomucci, *La metamorfosi normativa del modello penal preventivo in obbligatorio e pre-validato: dalle prescrizioni regolamentari per gli emittenti S.T.A.R. al recente art. 30*, (segue)

recente anomalo *trend* legislativo tendente a «forzare» tale principio, dapprima in sede di attuazione legislativa in ambito settoriale, da ultimo, anche a livello di normazione degli enti locali (5).

Ciò non di meno, riteniamo che tale strisciante tentativo di «decodificazione», attuato in via eteronoma, del micro-sistema del D.Lgs. 231 non sia in grado di incidere sostanzialmente sul principio della libera assunzione del Modello di legalità preventiva. E ciò, sia in virtù dell'originaria scelta del legislatore nazionale e, prima ancora, comunitario (6), sia per l'opzione di politica legislativa prescelta, quella di esercitare una *moral suasion* nei confronti degli operatori (7) per indurli ad attivarsi personalmente nel contrasto della criminalità economica, preso atto dell'inerzia dell'azione di repressione svolta unicamente dall'Autorità (8).

Il secondo aspetto incidente sulla fattispecie concreta riveste natura propriamente societaria, riguardando requisiti, modalità e vincoli dell'azione gestoria di una società capitalistica.

Tra le regole introdotte in *parte qua* dalla Riforma societaria del 2003 rilevano alcune specifiche norme di legge: l'art. 2380 bis (in combinato disposto con l'art. 2364, comma 1, n. 5) che statuisce la riserva di gestione della società in capo agli amministratori, competenti, qualificati e professionisti; l'art. 2392 che vincola tale esercizio (oggettivamente) all'adempimento dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, (qualitativamente) alla conformazione ad un grado di diligenza (ora) «professionale», ai sensi dell'art. 1176, comma 2 c.c., in funzione del quale deve esser valutata la condotta dell'amministratore e, quindi, la sua conseguente responsabilità civile nei confronti della società, dei creditori sociali, del socio o del terzo danneggiato (9).

Altra norma centrale nell'architettura della *Corporate governance* e del corretto esercizio dell'attività amministrativa è il 2381 c.c. regolante l'amministrazione delegata che, ai commi terzo e quinto, ripartisce obblighi e responsabilità tra organo delegante ed organo delegato nell'attuazione dell'«adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» (10). Aspetto questo soggetto al *monitoring* anche dall'organo di controllo, imponendo l'art. 2403 c.c. ai sindaci (11) la vigilanza - *inter alia* - sull'«adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento».

Dal quadro normativo qui richiamato emerge come l'esercizio di una accorta ed informata attività amministrativa si sostanzia nell'architettura di un acconcio e congruo assetto organizzativo della società, nonché nella cura e verifica continuativa - ad opera degli organi onerati e nei limiti prefissati - della conformità della scelta adottata in ragione dei caratteri soggettivi ed oggettivi della società empirica.

Proprio il carattere professionale dell'esercizio gestorio ad opera dei nuovi amministratori *manager*, coadiuvati da altrettanto professionali e diligenti organi di

controllo endo-societario, induce alcuni Autori ad interpretare in un'ampia accezione il principio generale di corretta gestione, nonché il parametro di adeguato assetto di governo (12), non più finalizzato ad una gestione della *societas* orientata alla soddisfazione delle aspettative reddituali degli *Shareholders* ed alla tutela dei cre-

Note:

(segue nota 4)

T.U. *Sicurezza sul Lavoro*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 3, 157 ss, in www.rivista231.it.

(5) Il riferimento è all'art. 54, Legge Regione Calabria n. 15/2008. Per un approfondimento critico, Bartolomucci, *Ancora sulla (neo) obbligatorietà dei Compliance programs: il precedente della legge Regione Calabria e la sua reale portata*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 4, 7 ss, in www.rivista231.it.

(6) L. 29 settembre 2000, n. 300, art. 11, Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, che ha ratificato una serie di atti internazionali elaborati sulla base dell'art. K. 3 del Trattato U.E.

(7) Scelta di politica legislativa nei confronti della quale risulta antagonista quella compiuta dal Progetto preliminare di Riforma del Codice Penale della Commissione Grosso (2001), il cui art. 22 sanciva l'obbligatorietà del Modello penal preventivo.

(8) Facendo propria l'esperienza nord americana ove, rilevata la crisi storica del sistema sanzionatorio della criminalità economica, venne istituita la U.S. *Sentencing Commission* che predispose le *Federal Sentencing Guidelines* (1987 e 1991), innovativo sistema di quantificazione della sanzione irrogabile secondo nuovi criteri valutativi, nonché di sollecitazione ad una volontaria azione di prevenzione dei reati attraverso l'adozione dei *Compliance programs* che, se risultati congrui e conformi alle *guidelines* prescritte, garantivano l'attenuazione della gravità della sanzione irrogabile alla persona giuridica in caso di commissione del reato. In dottrina vedasi Murphy-Moore, *Compliance programs and the U.S. Sentencing Guidelines*, in *BNA/ACCA, Compliance manual*, 1993; 2; C. De Maglie, *Societas delinquere potest. Un'indagine di diritto italiano e comparato*, Padova 1999, 155 ss.

(9) In costanza del codice civile del 1942, il vecchio art. 2392 onerava gli amministratori di una vigilanza sul generale andamento della gestione, nonché di un obbligo di attivazione impeditiva allorché avessero conoscenza di atti pregiudizievoli per la società.

(10) In particolare, viene attribuito all'organo delegante sulla base delle informazioni ricevute la «valutazione» dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo prescelto, mentre l'organo delegato è richiesto di «curare» che l'assetto sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, con vincolo di *report* all'organo amministrativo collegiale e al collegio sindacale.

(11) Equivalenti compiti sono attribuiti dalla legge agli organi dei Sistemi amministrativi opzionali, ossia il Monistico ed il Dualistico.

(12) Buonocore, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.* 2006, I, 5 ss., riconosce l'art. 2381 c.c. nuovo conio fonte di un generale principio di adeguatezza degli assetti interni all'impresa, adeguatezza che nelle sue varie declinazioni (rispetto all'assetto organizzativo, contabile, tecnico, patrimoniale,) configura un vero e proprio obbligo per l'organo gestorio tenuto al dovere di corretta amministrazione, della cui inosservanza lo stesso deve rispondere. Cioché il profilo organizzativo dismette il carattere originario di esercizio dell'autonomia decisionale dell'imprenditore per rivestire quello dell'obbligatoria organizzazione anche in chiave di prevenzione dei rischi d'impresa; Zoppini, *Imputazione dell'illecito penale e «responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.* 2005, 1314 ss, nel presupposto della centralità della dimensione organizzativa dell'ente collettivo e della natura di onere dell'opzionale dotazione del Modello penal preventivo, ritiene proprio le scelte organizzative parametro valutativo in base al quale verificare la corretta gestione degli amministratori.

ditori sociali - o, ancor più estensivamente, agli interessi di tutti i terzi titolari di legittime aspettative, secondo il recente orientamento dottrinario c.d. *Multi-stakeholders* (13) -, ma in un'accezione lata ed omnicomprensiva di adeguata struttura organizzativa interna (14).

Su un piano diverso, quello definibile di *Enterprise governance*, il compito organizzativo viene modulato in funzione dell'ottimizzazione dei fattori produttivi, della massimizzazione dei risultati con contenimento dei costi e nel presidio di tutte le rischiosità (ordinarie e speciali) connesse all'esercizio dell'impresa secondo la specifica linea di *business* (15).

Tale incalzante visione «pan-organizzativa» rimessa alla cura dell'organo amministrativo dovrebbe includere nell'ambito dell'attenta ed informata gestione (artt. 2392 e 2381 c.c.) anche le scelte in chiave di prevenzione dei reati economici ad opera del soggetto meta-individuale (ex D.Lgs. n. 231/2001). La teorica aziendalistica (16) e le *best practices* internazionali, in un approccio progettuale di ampio respiro, perseguono tale obiettivo valorizzando i Sistemi di controllo integrato, idonei a gestire - mediante le tecniche della standardizzazione dei comportamenti e della proceduralizzazione delle funzioni decisorie e di controllo - ogni forma di rischiosità d'impresa e di esternalità negativa (es. sistemi di gestione della Qualità dei prodotti e servizi, della Sicurezza ed igiene sui luoghi di lavoro; della *Privacy*, della tutela dell'Ambiente, della tutela del Consumatore, ecc.), tra le quali collocano anche le degenerazioni criminali.

Di tale lettura, ciò che rileva ai fini del discorso che qui ci tiene è l'idea comune secondo cui un'attenta e diligente gestione della società/impresa debba ricomprendere e, quindi, imporre all'amministratore impegnato nella costruzione e nel *setting* del generale assetto organizzativo, anche l'adozione del Modello penal preventivo, considerandolo strumento autonomo di gestione delle potenzialità criminose, ovvero componente o sotto-sistema del complesso, ma unitario, assetto di *Corporate governance* (o, meglio, di *Enterprise governance*).

Non potendo in questa sede attardarci nella prospettazione delle critiche che possono esser mosse alle richiamate prospettive ermeneutiche - per le quali rinviamo ad alcuni richiami in nota (17)- non possiamo esimerci dall'evidenziare l'asimmetria normativa e la limitata portata applicativa degli indicati articoli civilistici condizionata dalla ricorrenza di una società di capitali (quindi, non di qualsivoglia ente collettivo, privato o pubblico, come indicato dall'art. 1, D.Lgs. n. 231/2001), di foggia corporativistica (ciò escludendo le società minori e la stessa S.r.l. di stampo personalistico) (18) e di struttura organizzativo-dimensionale articolata e complessa, solo rispetto alla quale può trovare applicazione il disposto del sempre evocato art. 2381 c.c.

Tali condizionamenti autorizzano la ricerca di una lettura di segno diverso.

L'apprezzamento rimesso all'organo amministrativo

A parere di chi scrive, quale alternativa ricostruttiva ed esegetica, conviene fare affidamento esclusivo al disposto normativo del D.Lgs. 231/2001 che, sistema autonomo ed autoreferenziale, fornisce *ex se* una risposta puntuale.

Postulata la libera e facoltativa scelta dell'ente collettivo dell'*an* della costruzione ed adozione di un proprio Modello penal preventivo (*conditio sine qua non* per accedere al beneficio d'esimente), certo è che l'art. 6 riserva tale apprezzamento all'«organo dirigente» della società. Il concetto, *mutatis mutandis*, è confermato dal successivo art. 7, comma 2, disciplinante l'azione di prevenzione dei reati compiuti dai «sottoposti ad altrui direzione», che presume l'osservanza degli obblighi di direzione e vigilanza (liberando l'ente dalla personale responsabilità) laddove, ante reato, sia stato «adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo».

È, quindi, l'amministratore che compie concretamente detta scelta e lo fa per conto e nell'interesse della persona giuridica, in quanto a ciò personalmente chiamato.

Ne consegue che quand'anche tale incombenza non

Note:

(13) Dalla lezione di R. E. Freeman (*A Stakeholder Theory of the Modern Corporation: Kantian Capitalism*, 1988) fino ai recepimenti da parte della nostra dottrina economica e giuridica.

(14) Sfameni, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.* 2007, 1, 154 ss., individua nell'art. 2381 c.c. la fonte del dovere di adeguata organizzazione che ricomprende anche l'adozione delle misure organizzative di prevenzione dei rischi (generali e particolari) d'impresa, mentre limita la portata degli artt. 5 e 6, D.Lgs. n. 231/2001 alla sola fissazione del «contenuto minimo» del dovere di adeguatezza con specifico riguardo all'azione penal preventiva. Ne consegue che l'adozione del Modello anti-reato rivesta natura di «atto organizzativo gestorio» di competenza e responsabilità proprie dell'organo di amministrazione.

(15) Concorda sulla finalizzazione precipua dei Modelli preventivi all'organizzazione dell'impresa, non implicando necessariamente problemi di *Corporate governance*, Galletti, *I modelli organizzativi nel D.Lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.* 2006, I, 126 ss. Di diversità di prospettive, salvo la creazione di aree di sovrapposizione, tra modelli di *Corporate governance* e *Compliance programs*, parla Alessandri, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.* 2002, I, 547.

(16) È la logica della *Compliance* integrata, di derivazione aziendalistica (nell'acronimo internazionale E.R.M. - *Enterprise Risk Management*), attuata mediante l'implementazione ed attivazione di un complesso ma unitario Sistema di controllo interno che pone in relazione sinergica una serie di sotto-sistemi di controllo di settore e di funzione finalizzati al *Risk management*. In dottrina cfr. Golinelli, *L'approccio sistemico al governo dell'impresa*, Padova 2000.

(17) Cfr. Negri, *Amministratori tra due fuochi*, in *Il Sole 24 ore*, cit.

(18) Per un'analisi del nuovo modello «a geometria variabile» della S.r.l. post-Riforma, emancipato dalla normativa sulla S.p.a. e dalle versatili applicazioni rimesse all'autonomia contrattuale, cfr. Bartolomucci, *Il socio imprenditore nella nuova S.r.l.*, in *Collana Diritto delle Società e dei Mercati finanziari*, Milano, 2007, 7, con ampi riferimenti comparatistici e di dottrina e giurisprudenza.

fosse estrinsecazione del corretto esercizio dell'attività gestoria, segnatamente, in sede di strutturazione organizzativa della società, ovvero pur quando non risultasse applicabile (direttamente od estensivamente) il paradigma normativo scandito dagli articoli del codice civile su richiamati, ricorrendo ad esempio una società destrutturata e con assetto di *governance* elementare (organo amministrativo monocratico e mancanza del collegio sindacale), l'«onere» per la società circa l'approntamento del Modello prevenzionale indirizzerebbe l'attenzione sul comportamento assunto dall'organo amministrativo (19) in virtù del menzionato art. 6, D.Lgs. n. 231.

Militano a favore di tale ricostruzione due argomenti.

La riconduzione dell'obbligo di apprezzamento all'art. 6 - disancorandolo dalla funzione di generale gestione e dal vincolo di adeguatezza dell'assetto organizzativo della società - ne garantisce l'imperatività in ogni caso, anche in presenza di società destrutturate e prive di configurazione corporativistica, come di società minori («enti di piccole dimensioni») per le quali si rende applicabile, altresì, la deroga dell'art. 6, comma 4, che eccezionalmente cumula in capo all'organo amministrativo anche le funzioni di Organismo di vigilanza (OdV). Non dimentichiamo, poi, che l'art. 6, in combinato con l'art. 1, esplica la propria efficacia anche riguardo agli enti collettivi (privati o pubblici) aventi configurazione non societaria.

La seconda considerazione coglie un aspetto di ordine sistematico. Ove l'obbligatoria verifica dell'*an* dell'adozione del Modello penal preventivo abbia fonte nel medesimo D.Lgs. n. 231, l'ambito di essa risulta puntualmente delimitato dai rischi-reato di cui al *numerus clausus* al momento vigente, operando il «principio di legalità» dell'art. 2, laddove un generalizzato dovere civilistico di adeguata organizzazione della *societas*, ovvero di presidio delle esternalità negative d'impresa, lascerebbe l'amministratore-valutatore libero nella sua discrezionalità personale, declinata in chiave estensiva (20) ma, più probabilmente, riduttiva rispetto alle reali rischiosità.

Ricapitolando: in virtù di un diverso dettato normativo, l'ente collettivo gode della libera autodeterminazione (di principio) circa la scelta dell'adottare o meno un *Compliance program*, mentre le persone fisiche che impersonificano l'ente non antropomorfo sono tenute a compiere concretamente tale valutazione.

Tale epilogo, tuttavia, non può ritenersi conclusivo.

È necessario porre un ulteriore distinguo tra la necessaria (dovere sanzionabile) operazione valutativa da parte dell'organo ed esito della stessa, che è risultato di un giudizio economico-imprenditoriale (costi - benefici), effettuato esercitando una discrezionalità tecnica.

Salvo incorrere nella personale responsabilità civilistica, l'amministratore non può esimersi dal compiere un'accorta e concreta valutazione sull'opportunità dell'azione organizzativa (anche) in chiave di prevenzione dei reati di cui al catalogo «mobile» del D.Lgs. n. 231,

attraverso l'elaborazione di un apposito Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Ciò non di meno, l'apprezzamento potrà avere un esito legittimamente negativo (21). In tale circostanza sarà (ancor più) consigliabile la verbalizzazione o, comunque, la formale rappresentazione documentale (anche per esigenze di precostituzione probatoria) (22) della disposta operazione, della tracciabilità del processo valutativo, nonché delle motivazioni che hanno condotto alla scelta rinunciataria o, solamente, ad un rinvio temporale dell'adeguamento (23).

Tornando alla sentenza che si annota, di tali circostanze il Collegio non sembra aver potuto tener conto per una serie di ragioni. Intanto, perché il *petitum* dell'azione di responsabilità era limitato alla mera condanna «generica» del convenuto, cosicché non è stato indagato il reale atteggiamento omissivo e negligente rivestito rispettivamente dall'organo amministrativo collegiale, da quello delegato e dall'organo di controllo, fatto salvo il generico comportamento collusivo nella *mala gestio*. Rilevano, inoltre, il mancato esercizio da parte del con-

Note:

(19) A fronte della letterale denominazione utilizzata dal cit. art. 6 di «organo dirigente», invero atecnica, può prospettarsi il problema della concreta individuazione del soggetto onerato, rispettivamente nell'organo amministrativo collegiale, ovvero nell'organo o nel soggetto all'uopo delegato. Competerebbe al primo ove l'adozione del Modello prevenzionistico fosse estrinsecazione di un'azione strategico-organizzativa, ovvero se si ritenesse esclusa dall'oggetto dei poteri delegabili ex art. 2381, comma 4. Diversamente, spetterebbe all'organo o al soggetto delegato (anche un singolo consigliere di tale funzione formalmente investito) ove l'adozione ed attuazione del Modello penal preventivo rientrasse nella «cura dell'adeguatezza organizzativa», fratto salvo l'obbligo di *reporting* al delegante e la soggezione al suo controllo. In estremo subordine la competenza può venir riconosciuta anche in capo al *Top Management* della società (es. direttore generale). Riteniamo sia da escludere, in virtù del combinato disposto degli artt. 2380 *bis* e 2464, comma 1, n. 5 c.c., l'attribuzione di tale competenza all'assemblea dei soci della società.

(20) Per quanto auspicabile, una volontaria attivazione special-preventiva dei reati (ad esempio) tributari, in quanto non rientranti nel catalogo «231», non rileva ai fini dell'imputabilità dell'ente collettivo per responsabilità «amministrativa», né quindi prevede la concessione di una scriminante penale.

(21) Si pensi ad esempio, all'ipotesi di una s.r.l. che svolge attività distributiva in ambito locale, che abbia una esigua compagine sociale e sia governata da un amministratore unico (magari socio) e priva di collegio sindacale, che si avvalga di un numero limitato di dipendenti e che non intrattenga rapporti con la P.A., men che meno con soggetti internazionali. È il tipico profilo della piccola, o anche della media impresa italiana. Nel contempo, il paradigma degli artt. 2380 *bis*, 2392 e 2381 c.c., quale cardine dell'azione organizzativa interna in chiave anti-reato, potrebbe paradossalmente risultare inapplicabile nei confronti della stessa piccola impresa proprio quando, all'opposto, svolga un'attività che la espone alle tipiche potenzialità di reato di cui al catalogo «231».

(22) Giusta l'art. 6, D.Lgs. n. 231, per i reati commessi dagli apicali spetta all'ente collettivo (inversione dell'onere probatorio) dimostrare la piena conformazione alle prescrizioni del medesimo articolo circa l'efficace e congrua azione di prevenzione dei rischi reato, onde poter accedere alla scriminante «penale».

(23) Per la trattazione del tema affrontato all'indomani dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001, Cfr. Bartolomucci, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, 2004, 129 ss.

venuto di tutti i mezzi processuali a propria difesa, l'estinzione di entrambi i procedimenti penali (*rectius* «para-penale» quello a carico dell'ente collettivo) in via anticipata, con un patteggiamento che sembra aver escluso l'attivazione di un «ravvedimento operoso» da parte dell'ente imputato (adozione *post factum* del Modello) cui correlare istanze per trattamenti premiali minori.

Inadempimento dell'obbligo valutativo e responsabilità

Una considerazione conclusiva in merito alla responsabilità dell'amministratore «inerte» e sul danno da esso risarcibile.

Lo spettro delle responsabilità in cui può ordinariamente incorrere l'amministratore della società per inadempimento delle prescrizioni del D.Lgs. n. 231/2001 è chiaro e definito.

È prospettabile una responsabilità penale nel caso in cui lo stesso, quale «apicale», sia stato autore di un reato presupposto, o abbia concorso nella realizzazione di esso. Viene finora esclusa la sua responsabilità penale ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p. (concorso omissivo improprio) per aver mancato l'adozione del Modello penal preventivo, non profilandosi una sua posizione di garanzia nascente da un obbligo espresso di impedire la commissione del reato.

Sul versante civilistico è incontestabile la responsabilità (contrattuale) dell'amministratore per il danno arrecato (causalità efficiente) alla società (art. 2392 c.c.), ai creditori sociali (art. 2394), al socio e/o al terzo direttamente danneggiati (art. 2395) (24) quando con la propria azione attiva od omissiva, disattendendo i comportamenti che il D.Lgs. 231 gli riserva per competenza funzionale, abbia eziologicamente dato causa al nocimento della società (25).

Con particolare riguardo all'azione di responsabilità sociale giova osservare che nella gamma dei comportamenti attesi e, quindi, forieri di arrecare un pregiudizio alla società, oltre all'apprezzamento sull'*an* dell'adozione, rilevano anche la formale «adozione» di esso (sempreché la valutazione si sia conclusa positivamente), come l'«implementazione», l'«aggiornamento» e la «modificazione» successiva del Modello adottato - azioni queste espletate «a valle» della vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello espletata dall'OdV dell'ente (26) - e, finanche, l'irrogazione (in veste di datore di lavoro) di sanzioni previste dal Sistema disciplinare interno avverso violazioni delle prescrizioni del Modello (o di una componente di esso) da parte degli «apicali» o dei «sottoposti».

Ciò sollecita ulteriori distinguo ai fini della configurazione della responsabilità risarcitoria.

Potrà, infatti, prefigurarsi una responsabilità organica (27) avente titolo nell'omessa valutazione *tout court* del Modello, distinguendola da quella nascente da una valutazione compiuta, ma conclusasi con un'errore (28) scelta abdicativa. Potrà essere eccepita la re-

sponsabilità dell'amministratore che abbia adottato un Modello rivelatosi inefficace ed incongruo alla prevenzione dei reati, come - quale sub-ipotesi - potrà contestarsi all'amministratore la *culpa in eligendo* o quella *in vigilando* rispetto all'OdV da esso nominato. Ancora, potrà distinguersi tra responsabilità per omessa «attuazione» (29) del Modello formalmente adottato e quella per mancata attivazione tardiva (adozione *post delictum*) dell'ente imputato, onde farlo accedere ai trattamenti premiali minori offerti dal D.Lgs. n. 231.

Il danno risarcibile

L'aspetto degno di nota ribadito dalla pronuncia della VIII Sez. civile del Tribunale di Milano è, a ben vedere, la correlazione tra *quantum* del danno risarcibile (30) - nel caso di specie, operata in via di principio, stante la natura «generica» della condanna - e sanzione comminata all'ente collettivo condannato per responsabilità «amministrativa» per illecito da reato.

L'intervenuto patteggiamento dell'ente (art. 63, D.Lgs. cit.) (31) ha «contenuto» la sanzione in un esborso di denaro. Diversamente, il parametro quantita-

Note:

(24) Le azioni di natura aquiliana previste dagli artt. 2394 e 2395 c.c. secondo la dottrina preminente sono di responsabilità diretta nei confronti dei soggetti danneggiati e sono autonome rispetto all'esperimento dell'azione sociale.

(25) Può altresì prospettarsi un'obbligazione risarcitoria in capo alla società esercente la «direzione e coordinamento» ex art. 2497 c.c. allorché il pregiudizio economico sia il risultato di una etero-direzione conforme ad interessi della controllante o di gruppo, in ogni caso, perseguiti mediante un *imput* di rinuncia o di astensione dall'adozione di misure penal-preventive da parte della controllata.

(26) Sebbene talune funzioni rispetto al Modello implementato siano riservate esclusivamente a tale organismo, tra l'altro, collocabile al vertice della scala gerarchica societaria, esso si configura quale ufficio di staff all'organo amministrativo, dal quale è nominato (e revocato) e nei confronti del quale ha obbligo di *reporting*. Inoltre ogni aggiornamento o modificazione successiva del Modello, o di sue componenti, nonché la materiale irrogazione della misura sanzionatoria interna, proposta dall'OdV, sono di competenza dell'organo gestorio.

(27) Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2392, ultimo comma c.c., può anche prospettarsi l'immunità da colpa del singolo amministratore che abbia formalmente dichiarato e motivato il proprio dissenso in sede di determinazione collegiale della volontà di non adottare il Modello, ovvero di valutazione della sua inutilità od inopportunità.

(28) Nel senso di immotivata o di non plausibile.

(29) Con tale termine intendiamo sia l'ipotesi di adozione meramente formale del Modello (deliberazione consiliare) cui non segue l'effettiva ed efficace messa in atto delle prescrizioni di esso, con vincolo di imperatività per coloro i quali operino nella/per la società, sia l'adozione consapevole e volontaria di un Modello «virtuale», ossia «di facciata», onde non appesantire l'operatività dell'impresa né condizionarne la gestione.

(30) Ricomprensivo anche i prelievi indebiti dalle casse sociali.

(31) Rito alternativo a quello ordinario, attivabile a condizione che la sanzione irrogabile abbia natura pecuniaria e che sia stato definito (o sia definibile) con patteggiamento ex art. 444 c.p.p. il procedimento penale a carico dell'imputato persona fisica. Per gli aspetti tipicamente processuali, *inter alios*, Cfr. Presutti, Bernasconi, Fiorio, *La responsabilità degli enti*, *Commento per articolo al D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Padova, 2008.

tivo del danno risarcibile avrebbe dovuto apprezzare anche l'irrogazione di una sanzione interdittiva, dagli effetti economici di gran lunga più afflittivi. Del pari, il risarcimento dei danni arrecati ai terzi, i costi della rimessione nel pristino stato, la compromissione della reputazione dell'impresa condannata, o ancora la perdita di «chance» commerciali conseguenti alla vicenda giudiziaria.

In casi estremi, la quantificazione del danno risarcibile potrebbe coincidere con gli effetti esiziali della liquidazione coattiva della società (art. 2484 c.c.) riveniente dalla inflizione all'ente di una sanzione interdittiva (art. 9, comma 2, D.Lgs. n. 231) che precluda la prosecuzione dell'attività sociale.

Per non dimenticare la confisca obbligatoria del «prezzo o profitto del reato» ex art. 19, D.Lgs. cit. contestuale alla sentenza di condanna e, ancor prima, i pregiudizi economici derivanti dall'irrogazione di misure di interdizione in sede cautelare, come anche dal sequestro preventivo delle cose confiscabili (art. 53).

Il collegamento logico-causale tra *mala gestio* (effetto dell'inadempimento degli incombenti imposti all'organo dirigente dall'art. 6 cit.) e danno civile da esso risarcibile alla società condannata, coincidente col nocumento economico complessivo causalmente arrecato, costituisce il dato giuridico ed economico di assorbente ponderazione.

Soppesare le gravose implicazioni economiche nascenti da un comportamento lassista, negligente od inerte dell'amministratore potrebbe indurre, *de facto*, a percepire la «doverosità della verifica» come (prudenziale) «obbligatorietà dell'adozione» del Modello 231.

Tale equazione, già in passato, è stata fatta da molti amministratori di società. Ad essa potrebbero oggi uniformarsi, anche per effetto del principio ribadito dalla sentenza n. 1774/2008, coloro i quali finora hanno ritenuto di non dover riconoscere - nonostante la crescita esponenziale del catalogo dei reati-presupposto - la propria società tra i destinatari del D.Lgs. 231/2001.

LIBRI



Collana **Le Società**

La cessione di partecipazioni

Aspetti civilistici, fiscali e procedurali

a cura di M. Meoli, M. Negro, G. Odetto

La **cessione di partecipazioni sociali** e, in particolare, il **trasferimento di quote di s.r.l.**, è l'oggetto del nono volume della collana "Le Società".

L'opera analizza gli **aspetti civilistici e fiscali** della materia anche alla luce delle recenti novità introdotte dal **D.L. n. 112/2008** - convertito in **legge n. 133/2008** - e delle indicazioni operative fornite del CNDCEC (circolare n. 5/IR del 18 settembre 2008) e da Unioncamere (circolare 22 settembre 2008).

Caratterizzano l'opera l'**approccio schematico** e il **taglio operativo**.

Tabelle riassuntive ed indicazione delle **parole chiave in grassetto** facilitano il lettore nella consultazione dell'opera.

Ipsoa 2008, pagg. 544, € 49,00

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)

• **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)

• <http://ipshop.ipsoa.it>