

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.

INSIDER TRADING

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 28486/12

La Quinta Sezione della Corte di Cassazione Penale, con sentenza depositata il 16 luglio 2012, si è pronunciata in materia di insider trading.

Il caso su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi concerneva il dirigente e socio anziano di un'impresa operante nell'ambito della consulenza finanziaria, imputato del reato di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184, comma 1, lettera a, D.Lgs. 58/1998. Il soggetto era accusato di essere entrato in possesso di informazioni riservate, e di aver acquistato azioni che, in base alle dette informazioni, avrebbero incrementato esponenzialmente le proprie quotazioni. Il dirigente avrebbe quindi sfruttato le conoscenze acquisite nel corso della sua esperienza professionale, per beneficiare di notizie che non potevano essere note alla collettività degli investitori. Il Gip del Tribunale di Milano aveva quindi disposto il sequestro preventivo dell'equivalente delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita e dell'ammontare del capitale investito, per un valore complessivo superiore a € 1 milione.

La Corte si sofferma sulla definizione di insider trading ex art. 184, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, precisando che commette il reato in esame “*chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione dell'esercizio di una professione (come nel caso di specie), compie operazioni su strumenti finanziari avvalendosi del vantaggio informativo di cui si è detto; il reato è consumato a prescindere dal risultato dell'operazione finanziaria, che costituisce un post factum (...) e rileva esclusivamente ai fini della determinazione della pena*”.

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com

Ivan Rotunno
irutunno@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.

Il ricorrente lamentava che il sequestro disposto dal Gip rientrava nell'ipotesi di cui all'art. 321, comma 2, cod.proc.pen e, quindi, non doveva essere applicato per equivalente. In caso contrario, il sequestro in questione avrebbe natura sanzionatoria e richiederebbe, quindi, maggiori cautele. Secondo la difesa, in tal caso il sequestro avrebbe dovuto escludere l'equivalente delle somme investite (i.e., beni strumentali), e limitarsi alla plusvalenze realizzate, data la difficoltà di graduare la misura in base alla gravità del reato. La Suprema Corte precisa, invece, che l'art. 187, D.Lgs. 58/1998 dispone la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo, quindi dei beni strumentali al reato stesso, e nel caso in cui la confisca non possa avere ad oggetto i detti beni, allora ne consente l'applicazione per equivalente. L'art 321 del cod.proc.pen. consente, invece, di disporre il sequestro preventivo dei beni confiscabili. Di conseguenza, devono considerarsi destituite di fondamento le censure mosse dal ricorrente. Parimenti, è priva di ragioni l'eccezione di incostituzionalità, promossa dalla stessa difesa, del detto art. 187, nella parte in cui non esclude dalla confisca i beni strumentali utilizzati per commettere il reato.

La Corte chiarisce, infatti, che lo scopo della norma è quello di *“impedire che operatori finanziari di pochi scrupoli e particolarmente qualificati possano porre in essere avventure economiche che si traducono in turbative del mercato cui conseguirebbe corrispondente danno all'economia nazionale, risultato conseguibile solo sottraendo loro le risorse economiche relative”*. Allo stesso modo, va respinta l'eccezione nella parte in cui attribuisce alla confisca un'eccessiva rigidità che giustificerebbe la dichiarazione di incostituzionalità, in quanto *“l'entità del sequestro è determinata dallo stesso autore dell'illecito, essendo i compendi assoggettati a cautela equivalenti oltre che alle plusvalenze eventualmente realizzate, anche all'ammontare delle provviste finanziarie impegnate”*.

DELEGA IN MATERIA DI SICUREZZA SUL LAVORO

CASSAZIONE PENALE – Sent. 25359/12

La Corte di Cassazione Penale, con sentenza del 27 giugno 2012, ha definitivamente sancito la necessità, in materia di sicurezza sul lavoro, dell'accettazione del delegato ai fini della piena efficacia della delega di funzioni.

La controversia sottoposta all'attenzione della Corte riguardava un datore di lavoro, condannato con decreto penale di condanna per il delitto di lesioni personali colpose ai sensi dell'art. 590 del codice penale. Tale reato, tuttavia, è stato poi dichiarato prescritto dal Gip del Tribunale di Roma, decisione poi confermata in sede di riesame dal Tribunale di Roma stesso. L'imputato, peraltro, ha proposto ricorso per Cassazione per ottenere il proscioglimento nel merito, sostenendo che le deleghe di funzioni da lui rilasciate, dichiarate inefficaci dal Tribunale di Roma in ragione della mancanza di accettazione da parte del delegato, debbano invece considerarsi pienamente valide.

La Corte ricorda come l'istituto della delega di funzioni abbia grande rilevanza pratica, in specie per le imprese di notevoli dimensioni. Questo consente al titolare dell'impresa, infatti, *“di trasferire ad altri soggetti alcuni obblighi dall'inosservanza dei quali potrebbe derivare una responsabilità penale ed ai quali egli potrebbe essere impossibilitato ad adempiere personalmente”*. Tale esigenza, tuttavia, va temperata con la necessità di evitare che il datore di lavoro possa sfuggire a doveri e responsabilità cui avrebbe l'obbligo di sottostare, trasferendo indebitamente le sue funzioni a terzi. Per soddisfare tali bisogni, e data l'assenza di una normativa ad hoc che disciplini l'istituto, la giurisprudenza ha avuto cura di sottolineare come *“l'atto di delega deve essere espresso, inequivoco e certo e deve investire persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento, che abbia accettato lo specifico incarico, fermo comunque l'obbligo per il datore di lavoro di vigilare e di controllare che il delegato usi, poi, concretamente la delega, secondo quanto la legge prescrive”*.

SINDACO – MISURA INTERDITTIVA

CASSAZIONE PENALE – SENT. N. 28519/12

La Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha confermato, con sentenza depositata il 16 luglio 2012, la revoca della misura interdittiva, in origine applicata dal Tribunale di Isernia, al sindaco di alcune società appartenenti ad un gruppo societario in stato di insolvenza, imputato di profili di aver tentato una condotta fraudolenta. La misura era stata applicata in ragione di un'asserita leggerezza nello svolgimento del ruolo di sindaco da parte dell'indagato, leggerezza che veniva ricondotta alla pluralità degli incarichi da lui ricoperti nel gruppo ed alla conseguente sudditanza del soggetto nei confronti dell'amministratore delle società.

La Suprema Corte, invece, aderendo all'orientamento già manifestato dal Tribunale della Libertà di Campobasso, si è pronunciata dichiarando che la pluralità degli incarichi affidati al soggetto va certo considerato come un possibile indizio dell'importanza del ruolo ricoperto dal sindaco, ma *“non raggiunge la stringente dimostrazione di una aprioristica sudditanza al volere dell'amministratore o la prova della sua proclività all'illecito”*.

MISURE CAUTELARI E CONFISCA DEL PROFITTO

CASSAZIONE PENALE – SENT. N. 6248/12

La sesta sezione della Corte di Cassazione Penale, con sentenza depositata il 16 febbraio 2012, si è pronunciata in materia di responsabilità amministrativa degli enti, fornendo un interessante spunto interpretativo sulla validità delle misure cautelari e sui presupposti per la revoca delle stesse.

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava una s.r.l., accusata di aver ottenuto tramite false dichiarazioni dei contributi pubblici non dovuti, integrando gli estremi del reato di cui all'art. 316 cp., e cagionando un danno patrimoniale ingente allo Stato. Conseguentemente, il Gip del Tribunale di Taranto aveva disposto l'applicazione della misura cautelare interdittiva dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e revoca di quelli già concessi, prevista dall'art. 9 comma 2 lett. d), D.Lgs. 231/2001. Il ricorrente lamentava la contrarietà degli artt. 9, 24, 45, D.Lgs. 231/2001 alle norme della Carta Costituzionale, *“in quanto consentono l'applicazione di una misura interdittiva, quale quella in esame, nel corso delle indagini; tale potere, conferito in assenza di qualsiasi approfondito ed attento accertamento sulle responsabilità, mette la azienda nelle condizioni oggettive di impossibilità o assoluta difficoltà di espletare la propria attività per difetto di risorse finanziarie e perciò crea una situazione oggettiva in contrasto con il libero esercizio di impresa”*.

La Suprema Corte ha, invece, negato fondamento al motivo del ricorso, precisando che, se le censure mosse dal ricorrente venissero accolte, verrebbero travolte tutte le misure cautelari previste dal nostro ordinamento. Il concetto stesso di misura cautelare è stato introdotto per accordare una tutela anticipata a coloro che risultano, sulla base di un'analisi sommatoria delle esigenze cautelari, le vittime del reato. Se si richiedesse, ai fini della loro applicazione, l'accertamento di una piena responsabilità del destinatario, si finirebbe col dover attendere l'esito completo del giudizio, vanificando i vantaggi e il senso stesso della tutela cautelare. La Corte ha quindi sancito la conformità degli articoli citati alla Costituzione, *“posto che il legislatore ha rispettato nella formulazione della norma dell'art.45, D.Lgs. 231 del 2001 la riserva di legge, come richiesto dalla carta*

costituzionale, ed ha indicato precisi presupposti che escludono ogni possibile applicazione arbitraria, che rende ragionevole la inflazione, ai fini preventivi, della misura, pur se il procedimento penale è ancora in itinere”.

La Corte ha inoltre precisato che, affinché sussistano tutti i presupposti per la revoca delle misura cautelare inflitta, occorre che vengano congiuntamente soddisfatti i requisiti di cui all'art. 17, D.Lgs. 231/2001, che richiede: il risarcimento integrale da parte dell'ente del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose, ovvero l'essersi efficacemente adoperato il tal senso; l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato, requisito che viene soddisfatto mediante l'adozione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione di reati della stessa specie; la messa a disposizione del profitto conseguito, ai fini della confisca.

Nel caso di specie, la società si era dotata di un valido modello organizzativo, ma non aveva avuto cura di soddisfare gli altri presupposti della revoca. Infatti, l'ente aveva messo a disposizione i beni strumentali dell'azienda che, insieme con il denaro sottoposto a sequestro, raggiungevano un valore pari al profitto illecitamente conseguito. Tuttavia, il profitto menzionato alla lettera c) dell'art. 17, D.Lgs. 231/2001 comprende l'insieme dei contributi indebiti e richiede quindi la messa a disposizione del denaro, e non di un bene qualsiasi che lo stesso debitore – indagato ritenga di valore equivalente. Secondo la Suprema Corte, questa interpretazione trova il suo fondamento nell'art. 9, D.Lgs. 231/2001, *“secondo cui la confisca del prezzo o del profitto del reato (nel caso, il denaro) ha un carattere prioritario e indispensabile, tanto che può essere disposta la confisca per equivalente solo se non sia possibile eseguire la misura patrimoniale sul prezzo o sul profitto”.*

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 29397/12

La Seconda Sezione della Corte di Cassazione Penale, con sentenza depositata il 19 luglio 2012, si è pronunciata su un caso di responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del D.Lgs. 231/2001 relativo a una s.r.l., imputata dell'illecito di cui all'art. 24, comma 1 e 2, D.Lgs. 231/2001, a carico della quale il Tribunale di Nicosia aveva disposto il sequestro preventivo dei beni societari, per un valore superiore a € 2 milioni, giustificando l'adozione del provvedimento sulla base della mancata adozione di adeguati modelli organizzativi; questa circostanza avrebbe consentito la commissione del reato di indebita percezione di finanziamenti pubblici agevolati da parte di alcuni suoi amministratori.

Secondo la difesa, la misura non avrebbe dovuto trovare applicazione, poiché la società ha sostanzialmente estromesso gli autori del reato inducendoli a cedere la maggior parte delle loro quote, e affidando l'amministrazione dell'ente ad un soggetto estraneo ai fatti di reato. Così facendo, la s.r.l. ha dimostrato un primo impegno verso una politica improntata alla trasparenza nella gestione societaria, che giustificerebbe la revoca della misura.

La Suprema Corte, invece, ha precisato che *“la responsabilità patrimoniale della società in relazione al profitto dei reati consumati dai suoi amministratori è del tutto autonoma (...), ed è insensibile alle vicende societarie successive alla consumazione dei reati. L'adeguamento dei modelli organizzativi societari all'esigenza di prevenzione di ulteriori illeciti, è prevista infatti dall'art. 50 D.Lgs. 231/2001, con riferimento alle sanzioni interdittive eventualmente disposte ai sensi del precedente art. 45, quando le correlative esigenze cautelari risultano mancanti anche per fatti sopravvenuti (non tipizzati dalla norma), ovvero in presenza delle ipotesi previste dall'art. 17”.*

Al contrario, nel caso di specie non risultano soddisfatti tutti i requisiti previsti dal legislatore per la revoca della misura, nonostante la società abbia iniziato ad adoperarsi in tal senso. La revoca potrà quindi essere disposta unicamente nel caso

in cui vengano meno le esigenze cautelari che hanno giustificato l'applicazione della misura, o qualora l'ente realizzi tutte le condizioni previste dall'art. 17.

CASSAZIONE PENALE – Sent. n. 17451/12

La Suprema Corte di Cassazione Penale, con sentenza depositata il 10 maggio 2012, ha fornito una precisa indicazione di ciò che deve costituire oggetto di confisca ai sensi dell'art. 9, D.Lgs. 231/2001.

La controversia oggetto della pronuncia della Corte verteva su una attività di frode posta in essere da una s.r.l. in danno del Ministero delle Attività Produttive. La società, nell'ambito della procedura di acquisto, con l'utilizzo di contributi pubblici, di un impianto per la produzione di birra, aveva emesso fatturazioni false che avevano permesso di dichiarare importi di gran lunga superiori rispetto a quelli effettivamente sostenuti per l'acquisto degli impianti stessi, percependo quindi un rimborso di somme indebite. Il Tribunale di Cosenza aveva deciso, allora, di disporre l'applicazione di una sanzione pecuniaria di importo pari a € 20 mila, e della confisca per equivalente di beni per un valore complessivo di circa € 300 mila.

La difesa, nei motivi del ricorso, ha sostenuto che la determinazione dell'importo oggetto di confisca non sia stata effettuata in modo corretto, ritenendo che giudici di merito avessero fatto coincidere la nozione di profitto ai sensi dell'art. 9, comma 2, D.Lgs. 231/2001, con l'intero ammontare della somma erogata.

Richiamando una serie di pronunce precedenti, la Corte di Cassazione precisa che il profitto del reato deve ricomprendere soltanto le somme indebitamente percepite dalla società, che rappresentino il vantaggio derivante dall'illecito e che siano a quest'ultimo strettamente connesse, e non l'intero ammontare delle somme erogate.

Poiché le operazioni oggetto del giudizio non sono state interamente simulate ma solo sovralfatturate, occorre tener presente che, *“l'identificazione del profitto cui ancorare il giudizio circa l'entità del profitto e della confisca, diretta o per equivalente, muta a seconda che mediante la condotta fraudolenta sia stata prospettata all'ente erogante una realtà difforme dal vero che ha consentito il perfezionamento del contratto e le successive erogazioni, oppure sia stata prospettata una realtà che ha permesso alla società di ottenere in modo indebito erogazioni maggiori di quelle cui avrebbe avuto diritto”*. La Suprema Corte ha quindi statuito che la sentenza debba essere annullata sul punto con rinvio al giudice d'appello.

La Corte di Cassazione, infine, accoglie l'ulteriore censura del ricorrente, che contestava la mancata indicazione della durata della sanzione irrogata. L'art. 13, comma 2, D.Lgs. 231/2001 prevede infatti una durata variabile delle sanzioni interdittive, che varia da un minimo di tre mesi ad un massimo di tre anni, e che richiede quindi una precisa ed espressa quantificazione ad opera dei giudici di merito.

CASSAZIONE PENALE – Sent. 46756/11

La Suprema Corte di Cassazione Penale, con sentenza depositata il 19 dicembre 2011, ha fornito delle chiarificazioni in merito al momento consumativo del delitto di cui all'art. 640 bis c.p., ai concetti di profitto, prezzo e prodotto del reato, ed alla legittimità della confisca.

Il Tribunale di Gela prima, e la Corte di Appello poi, avevano condannato una s.r.l. ad una sanzione di 200 quote, ciascuna di valore di € 300, in quanto i soci amministratori della stessa erano stati imputati del reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 bis c.p..

La Suprema Corte, in questa occasione, ha chiarito le definizioni di profitto, prodotto e prezzo del reato. In particolare, il primo elemento è definibile come il *“vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato”*. E' allora necessaria *“una correlazione diretta del profitto con reato e una stretta affinità con l'oggetto di questo, escludendosi qualsiasi estensione indiscriminata o dilazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, che possa comunque scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall'illecito”*. Sarà dunque in base al criterio di pertinenzialità che il giudice dovrà stabilire cosa possa essere oggetto di confisca. Il prodotto deve invece essere considerato come *“il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato”*. Il prezzo, infine, è il compenso che spetta ad un soggetto quale corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito. A sua volta, il *“provento del reato”* è una nozione che ricomprende tutti e tre i detti concetti.

Per quanto riguarda la confisca, la Corte di Cassazione precisa come questa possa essere originata da svariati motivi e, conseguentemente, possa essere applicata nelle sue differenti forme in modo cumulativo: ex art. 240 c.p., art. 640 quater/322 ter c.p., e ex art. 19, D.Lgs. 231/2001. Questa teoria è avvalorata dalla considerazione che il caso in esame ha ad oggetto un'impresa criminale, un'impresa che opera quindi sempre in modo illecito, e questo *“riduce drasticamente le possibilità che vi siano beni che eccedano il profitto illecito perché tutto ciò che viene prodotto è contaminato dall'intento illecito”*.

Infine, la Corte ribadisce la piena legittimità della confisca per equivalente, ai sensi dell'art. 19, D.Lgs. 231/2001, come risulta dall'avverbio *“sempre”*, impiegato dal legislatore al primo comma del detto articolo. Tale misura configura un'ipotesi di *“confisca per equivalente obbligatoria del profitto del reato”*, frutto della recente tendenza e determinazione del legislatore di *“privare l'autore del reato soprattutto del profitto che ne deriva”*.