



RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE D.Lgs. 231/2001

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

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com
Ivan Rotunno
ivotunno@orrick.com
Claudia Gargano
cgargano@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.

CORTE DI APPELLO DI BRESCIA – SENT. 21 DICEMBRE 2011

La sentenza della seconda sezione della Corte di Appello di Brescia del 21 dicembre 2011 si pronuncia sulla responsabilità amministrativa nel caso di delitti di lesioni colpose o di omicidio colposo, commessi in violazione di norme a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Dalla decisione della corte emergono, in particolare, spunti interessanti relativamente al concetto di interesse della società e alla ipotesi di non punibilità della società per impossibilità oggettiva di predisposizione del modello organizzativo finalizzato alla prevenzione di incidenti sul lavoro.

Nel caso di specie, il giudice di primo grado aveva affermato la responsabilità della società derivante dall'illecito amministrativo di cui all'articolo 25 *septies* (lesioni colpose o di omicidio colposo, commessi in violazione di norme a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro) in conseguenza delle contestazioni al legale rappresentante della stessa. Quest'ultimo aveva, infatti, tollerato che all'interno della società si facesse uso di una piattaforma in Assenza degli stabilizzatori necessari a garantire la sicurezza sul lavoro, provocando con la propria condotta omissiva l'infortunio di uno dei lavoratori. Avverso la decisione del tribunale, l'imputato proponeva appello anche nell'interesse della società,

sostenendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 9 Legge 123/07 – norma che ha introdotto l'art 25 *septies* nel D.Lgs. 231/2001 - per violazione del principio di ragionevolezza riconducibile all'articolo 3 Cost., nella parte in cui non prevedeva un termine di adozione del modello di organizzazione idoneo ad escludere la responsabilità dell'ente. Secondo l'assunto dell'appellante la norma di cui sopra era entrata in vigore solo quattro giorni prima che si verificasse l'infortunio del lavoratore, e non era possibile in quel lasso di tempo, predisporre un modello di organizzazione che potesse soddisfare le finalità alle quali il legislatore era ispirato.

La corte d'Appello di Brescia, con la sentenza in commento, ha affermato che la questione del "*lasso di tempo ristrettissimo*" intercorso tra l'entrata in vigore della norma e la data dell'infortunio, doveva essere risolta in favore della società appellante sulla base del principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*, tenendo conto dell'assoluta impossibilità per la stessa di predisporre un modello di organizzazione e gestione del tipo individuato dall'art. 6, D.Lgs. 231/2001.

Secondo il Collegio, inoltre, sussiste un altro profilo assolutorio in quanto ha ritenuto non sussistere alcun vantaggio o interesse della società nel caso di condotta che non determini per quest'ultima, "*alcun risparmio né in termini di esborso economico né in relazione ai tempi di lavorazione*". Ha affermato la Corte "una condotta, per quanto grave, dovuta a mera trascuratezza e superficialità del soggetto cui è contestato il reato e non diretta a provocare alcun beneficio alla società, fa venir meno il presupposto per ascrivere ad essa la responsabilità amministrativa da reato."

La sentenza della quinta sezione penale della Corte di Cassazione, n. 14359, depositata in data 16 aprile 2012, si pronuncia in merito ad un caso di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico ai sensi dell'art. 483 c.p. e di truffa ai sensi dell'art. 640 c.p., commessi dal legale rappresentante di una società, nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

In particolare, la condotta contestata al socio accomandatario nonché legale rappresentante della S.a.s., era quella di aver attestato falsamente, in una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, presentata all'Inail e necessaria alla partecipazione ad una gara di appalto, di essere in regola con gli obblighi relativi a dichiarazioni e versamenti in materia di contributi sociali e con gli obblighi fiscali.

Gli atti sopra descritti sono stati considerati dalla Corte Territoriale diretti in modo non equivoco ad indurre in errore i funzionari preposti alla gara e a ottenere indebitamente l'aggiudicazione dell'appalto, in pregiudizio dell'istituto appaltatore e dei concorrenti.

La sentenza della Suprema Corte precisa che la falsa attestazione, rilasciata con dichiarazione sostitutiva di atto notorio, del legale rappresentante della società integra il reato di falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico poiché quanto in essa contenuto viene poi trasfuso, attraverso la procedura di aggiudicazione, in un atto pubblico divenendo il contenuto sostanziale dello stesso.

Sussistendo il reato presupposto di cui sopra, la Corte conferma la sentenza della Corte d'Appello anche con riferimento alla responsabilità della società in ordine all'illecito amministrativo ex articolo 26 del d. lgs. n. 231/2001.

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. TERZA – SENT.
17451/2012**

La sentenza della sezione terza della Corte di Cassazione, n. 17451, depositata il 10 maggio 2012, si pronuncia sul tema di finanziamenti illeciti e della conseguente responsabilità amministrativa della società.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Catanzaro confermava la sentenza emessa in sede di giudizio abbreviato (ex art 442 c.p.p.) dal GUP presso il Tribunale di Cosenza con la quale si condannava, da un lato, l'amministratore unico di una s.r.l. alla pena di un anno di reclusione in relazione a reati di truffa aggravata, falso ideologico e dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e, dall'altro, la società ai sensi dell'art 24 del D.Lgs. 231/2001, applicando le relative sanzioni pecuniarie, interdittive insieme alla confisca per equivalente di quanto già sequestrato nei confronti dell'imputata e, senza duplicazione, anche nei confronti della società.

La corte territoriale rilevava, infatti, una complessa attività di frode, posta in essere anche nei confronti del Ministero delle attività produttive e di una banca cessionaria dello stesso, nel contesto di una procedura per l'acquisto di un impianto di produzione fornito da società straniera. A risultato della frode, la società aveva ottenuto un ingiusto profitto, derivato dall'erogazione a suo favore, da parte dei suddetti enti, di un'ingente somma a titolo di contributo conto impianti. In particolare, le condotte contestate erano: ai fini della frode, l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti (sia in quanto oggettivamente e soggettivamente false, sia perché emesse da soggetti fittiziamente interposti rispetto all'imputata), che avevano

consentito di esporre costi molto maggiori rispetto a quelli sostenuti per l'acquisto degli impianti; l'utilizzo di tali fatture come fondamento di dichiarazione di contenuto falso alla banca concessionaria del contributo; la dichiarazione con cui falsamente si garantiva oltre alla competitività del prezzo degli impianti, la regolarità dell'operazione.

La Suprema Corte nel rigettare i motivi di ricorso che contestavano la sussistenza degli illeciti e la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti, dissertando ampiamente sulle tematiche della regolare registrazione delle operazioni contabili della società in questione, si sofferma sul tema della confisca ex. artt. 9 e 19, D.Lgs. 231/2001.

In merito i ricorrenti lamentavano una duplicazione dell'intervento sanzionatorio e l'errata determinazione dell'importo, fatto corrispondere con l'intero importo della somma proveniente dall'ente erogante anziché con la parte eccedente le spese sostenute. La Corte d'Appello, infatti, si basava nella sua decisione su un concetto di profitto legato a quello di "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale", cioè con "tutti i vantaggi ricavati dalla commissione dei reati", senza distinguere tra profitto lordo e profitto netto, cosicché il profitto del reato consiste per l'imputata e l'impresa nell'intero importo erogato.

A conclusione diversa arriva, invece, la sezione terza della Cassazione: il collegio, accertato che nel caso di specie non si versava nell'ipotesi di radicale simulazioni di operazioni destinate ad ottenere finanziamenti integralmente non dovuti, definisce, in accordo con la precedente giurisprudenza della stessa Corte, il concetto di profitto del reato di truffa aggravata, nel caso di erogazioni pubbliche, come "finanziamento indebitamente ottenuto" (Cass.

n.35355/2011), “illecito arricchimento effettivamente conseguito” (Cass. n. 45504/2010) o, con le parole delle Sezioni Unite, come “complesso di vantaggi economici tratti dall’illecito e a questo strettamente pertinenti” (SS. UU. Sent n. 26654/2008).

Da questi rilievi, ne deriva, secondo il ragionamento dei giudici, che “non tutte le somme ricevute dalla società beneficiata possono considerarsi in quanto tali profitto del reato, ma solo quelle che siano state indebitamente percepite e che costituiscano vantaggio tratto dall’illecito e a questo strettamente pertinente”. In tal senso, se è vero che nel caso in esame non si è in presenza di operazioni integralmente simulate, ma sovrappagate, occorre verificare in concreto quale sia la sfera dell’illecito che ha prodotto vantaggi patrimoniali “indebiti” per la società, verificando, anzitutto, se il progetto di finanziamento presentato non sarebbe stato approvato e non avrebbe avuto esecuzione in assenza delle caratteristiche falsamente attestate. In questo caso il profitto del reato e il danno dell’ente coinciderebbero con l’intero ammontare del finanziamento. Al contrario, se si accertasse la conformità del progetto, per la parte effettivamente posta in essere, alla legge e ai criteri di approvazione dell’ente erogante, allora il profitto di reato coinciderebbe con la sola parte dei fondi non dovuti, restando lecitamente percepiti da parte della società quelli corrispondenti alle prestazioni effettive che la società ha retribuito ai fornitori.

In conclusione, quindi, la Cassazione afferma il principio per cui “l’identificazione del profitto cui ancorare il giudizio circa l’entità” dello stesso “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 erogazioni maggiori di quelle a cui avrebbe avuto diritto”.

Avendo le sentenze di primo e secondo grado omissive una valutazione conforme a tale principio, la Corte annulla la sentenza d’appello sul punto rinviando al giudice di merito.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. TERZA – SENT. 20676/2012

La Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione, con sentenza n. 20676, depositata il 29 maggio 2012, nell’ambito di un sequestro preventivo dei beni di società estera con stabile organizzazione in Italia, richiamando la precedente giurisprudenza di altra sezione della Cassazione (Sent. 9829/2006), ha stabilito che “per il sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca, eventualmente anche per equivalente, e quindi, secondo il disposto dell’art. 19 del D.Lgs. n. 231/2001, dei beni che costituiscono prezzo e profitto del reato, non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il periculum richiesto per il sequestro preventivo di cui all’art. 321, comma primo del codice di procedura penale, essendo sufficiente accertarne la confiscabilità una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato”.

Così decidendo, la Corte ha confermato che la confisca per equivalente può colpire anche i beni del rappresentante legale dell’azienda finita sotto processo ai sensi del D.Lgs. 231/01; più in particolare, nel caso di concorso fra la responsabilità individuale dell’autore e quella ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del profitto del reato di corruzione può incidere contemporaneamente od indifferentemente sui beni dell’ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso.

La Sezione Terza Ter del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio si è pronunciata, con sentenza n. 3397 del 12 aprile 2012, sul tema dei requisiti di professionalità necessari per ricoprire la posizione di sindaco in un'impresa di assicurazione e riassicurazione.

La sentenza è stata pronunciata in seguito al ricorso contro il Ministero dello Sviluppo Economico con cui veniva richiesto, per vizio di violazione di legge ed eccesso di potere, l'annullamento dell'art. 3, comma 4, D.M. 11 novembre 2011, n.220 (Regolamento recante determinazione dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali, nonché dei requisiti di onorabilità dei titolari di partecipazioni, ai sensi degli articoli 76 e 77 del codice delle assicurazioni private di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

La disposizione in questione fissava un duplice requisito per la nomina a sindaci di un'impresa di assicurazione e riassicurazione:

- il possesso dei requisiti di cui al comma 1 dello stesso articolo¹;
- l'iscrizione nel registro dei revisori contabili.

¹ art. 3, comma 1, D.M. 11 novembre 2011, n. 220: "Gli amministratori e i sindaci di una impresa di assicurazione e di riassicurazione sono scelti secondo criteri di professionalità e competenza tra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva di almeno tre anni attraverso l'esercizio di una o più delle seguenti attività: a) attività di amministrazione, direzione o controllo presso società ed enti del settore assicurativo, creditizio o finanziario; b) attività di amministrazione, direzione o controllo in enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore assicurativo, creditizio o finanziario ovvero anche con altri settori se le funzioni svolte abbiano comportato la gestione o il controllo della gestione di risorse economiche finanziarie; c) attività di amministrazione, direzione o controllo in imprese pubbliche e private aventi dimensioni adeguate a quelle dell'impresa di assicurazione o di riassicurazione presso la quale la carica deve essere ricoperta; d) attività professionali in materie attinenti al settore assicurativo, creditizio o finanziario, o attività di insegnamento universitario di ruolo in materie giuridiche, economiche o attuariali aventi rilievo per il settore assicurativo".

Il percorso motivazionale del tribunale si incentra sulla disamina dell'art. 3, comma 4, D.M. 220/2011, emanato in applicazione dell'articolo 76 del D.Lgs. 205/2005 (di seguito "Codice delle Assicurazioni Private")². Partendo dall'assunto che la norma *de qua* "non costituisce sviluppo di alcuna indicazione stabilita dalla normativa primaria", il tribunale evidenzia come non siano *percepibili le ragioni della limitazione* introdotta dalla disposizione in questione, soprattutto in considerazione della disciplina dettata dal codice civile che già sembra operare un ragionevole bilanciamento nella determinazione dei soggetti idonei a ricoprire funzioni legate ai controlli societari, e riserva all'autonomia statutaria l'individuazione di eventuali requisiti aggiuntivi. In tal senso, inoltre, depongono gli artt. 2397 e 2409-bis c.c.: il primo, richiama un'ampia varietà di figure professionali e il secondo assegna la funzione specifica di revisione contabile a soggetti *ad hoc*.

Il Tribunale prosegue rilevando, che:

- né nella disciplina comune né nelle discipline di settore sussistono limitazioni analoghe;
- per le assicurazioni e riassicurazioni è già previsto che sia un soggetto esterno a

² "I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione e di controllo presso le imprese di assicurazione e di riassicurazione devono possedere i requisiti di professionalità, di onorabilità e di indipendenza stabiliti con regolamento adottato dal Ministro delle attività produttive, sentito l'ISVAP. Il difetto dei requisiti, iniziale o sopravvenuto, determina la decadenza dall'ufficio. Essa è dichiarata dal consiglio di amministrazione o dal consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto. In caso di inerzia la decadenza è pronunciata dall'ISVAP.

Nel caso di difetto dei requisiti di indipendenza stabiliti dal codice civile o dallo statuto dell'impresa di assicurazione o di riassicurazione, si applica il comma 2.

Il regolamento di cui al comma 1 stabilisce le cause che comportano la sospensione temporanea dalla carica e la sua durata. La sospensione è dichiarata con le modalità indicate nel comma 2."

svolgere la revisione legale dei conti, mentre al collegio sindacale è demandata una funzione più generale.

Alla luce di quanto sopra argomentato il TAR conclude sottolineando come “non risultino identificabili” in riferimento alla norma impugnata, nemmeno alla luce delle peculiarità del settore, “esigenze prevalenti rispetto all’interesse dei soggetti suoi diretti destinatari di esercitare la propria sfera di autodeterminazione in modo libero”.

Per questi motivi il Tribunale ha accolto il ricorso disponendo l’annullamento della disposizione.