

LA LEGGE N. 3/2019 E LE NOVITÀ IN TEMA
DI RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

Michele D'Avirro



1. La Legge 9 gennaio 2019, n. 3 ha introdotto importanti modifiche anche al D. Lgs. n. 231/2001, tra l'altro con l'inserimento nel "catalogo dei reati 231" della nuova fattispecie di cui all'art. 346-bis c.p., rubricata "Traffico di influenze illecite", la quale assorbe le condotte che precedentemente costituivano l'abrogato delitto di millantato credito (art. 346 c.p.), incriminando altresì l'ipotesi in cui le relazioni esistenti con il pubblico ufficiale o con un incaricato di pubblico servizio siano non solo "vantate" dal soggetto agente, ma anche solo "asserite" dal medesimo. Rilevante risulta la riforma del secondo comma dell'art. 346-bis c.p., che estende la responsabilità penale a chi dà o promette denaro o altro utilità, ossia al privato che si avvale dell'illecita intermediazione, non più considerato vittima di un raggiro, pur avente una causa illecita.

Proprio l'estensione dell'ambito di operatività del traffico di illecite influenze e la previsione della punibilità del privato spiega l'introduzione del reato tra quelli presupposti e la responsabilità amministrativa dell'ente, allorché il privato abbia operato, con posizione soggettiva qualificata, trattandosi di un apicale, di un dipendente o di un soggetto comunque legato all'ente, il quale abbia contribuito, tramite il proprio agire illecito, nell'interesse o a vantaggio dell'ente¹.

Il mediatore illecito può, invero, essere un soggetto privato incardinato presso una società o una persona giuridica e, pertanto, agire nell'interesse della medesima, così come il suo finanziatore. Questi ultimi soggetti, possono essere ricompresi nella categoria dei cosiddetti "collaboratori", ossia persone, che pur non appartenendo all'ente, operano su mandato o nell'interesse del medesimo.

Il tema è quindi di particolare interesse, ad esempio, per i rapporti di consulenza aventi a oggetto "attività di relazioni istituzionali", laddove il consulente si ponga come intermediario tra l'azienda e il soggetto dotato di pubblici poteri.

¹ G. AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il Legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell'ente*, in *Rivista 231*, n. 1/2019, p. 10.

2. La previsione della fattispecie di cui all'art. 346-*bis* c.p. nel novero dei reati presupposto renderà necessario un aggiornamento dell'analisi di rischio posta a fondamento dei modelli di organizzazione, gestione e controllo degli enti ed una verifica circa l'adeguatezza del sistema dei controlli interni esistenti ovvero la necessità di rafforzamento di quest'ultimi.

Come accade in occasione di ogni intervento di ampliamento del catalogo dei reati presupposto, l'Organismo di Vigilanza ha senz'altro il compito di attivarsi, eseguendo una valutazione circa l'adeguatezza del modello introdotto e la necessità di procedere alle eventuali integrazioni.

La recente riforma, come evidente, pone al centro delle valutazioni di "rischio 231" le attività di *lobby*, affari e relazioni istituzionali condotte, nel proprio interesse o a proprio vantaggio, da parte di soggetti incardinati in, o comunque che collaborano con, enti collettivi. In tal senso, per la verifica dell'adeguatezza del modello, sarà necessario considerare i rischi connessi alle attività che pongono in relazione due soggetti privati, uno dei quali può tuttavia fungere da intermediario "illecito" verso un pubblico ufficiale, ovvero un incaricato di pubblico servizio, in cambio del conseguimento di un interesse o di un vantaggio per l'ente medesimo².

Sotto il profilo metodologico sarà, dunque, opportuno eseguire un aggiornamento della mappatura delle attività sensibili a rischio reato, con particolare riferimento ai processi aziendali che potrebbero subire un impatto dall'introduzione del nuovo reato presupposto.

Si rammenta che la norma sanziona sia la condotta di chi ottiene un vantaggio (o la promessa di questo), quale corrispettivo della asserita possibilità di esercitare una influenza impropria su un pubblico ufficiale, un incaricato di un pubblico servizio o uno dei soggetti di cui all'art. 322-*bis* c.p. – anche qualora la capacità di influenza del mediatore risulti nella realtà inesistente –, sia la condotta di chi fa dare o promette qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per altri, a titolo di remunerazione a chiunque afferma di essere in grado di esercitare tale influenza.

Sarà dunque necessario verificare la sussistenza di processi aziendali potenzialmente a rischio rispetto a tale condotta, con particolare riferimento alle relazioni intrattenute da soggetti, anche esterni alla organizzazione aziendale che, per l'espletamento delle proprie funzioni intrattengono, in nome o per conto

² In questi termini vedi J. CASTAGNO-P. GRELLA, *DDL Anticorruzione: inserimento dell'art. 346-bis fra i reati presupposto ex D. Lgs. 231/2001*, in www.aodv231.it, 6 dicembre 2018, p. 2.

dell'ente, rapporti con pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio. Si pensi, ad esempio, ai rapporti intrattenuti da mediatori, agenti, procuratori o collaboratori anche esterni che, a vario titolo, per l'espletamento della propria attività, concludono in nome o per conto dell'ente attività finalizzate al rilascio di licenze, autorizzazioni o permessi da parte di soggetti pubblici, ovvero a soggetti (generalmente società di consulenza specializzate) capaci di facilitare l'ottenimento di fondi pubblici tramite specifici progetti di assistenza per la partecipazione a tender italiani o europei.

In secondo luogo, occorrerà valutare se i protocolli di controllo e le procedure già oggetto di implementazione da parte dell'ente per la prevenzione dei reati contro la Pubblica Amministrazione, possano considerarsi adeguati rispetto alla nuova fattispecie di reato e ai rischi emersi in sede di valutazione (*self assessment*), al fine di assicurare una tutela efficace in ottica di prevenzione dei comportamenti illeciti e, in caso negativo, procedere al loro aggiornamento, al fine di rafforzare il sistema di controllo interno dell'ente.

L'aggiornamento del modello organizzativo certamente riguarderà la sua parte generale, con l'inserimento della fattispecie di reato del "*Traffico di influenze illecite*" e, nel caso in cui si ravvisino processi aziendali a rischio non precedentemente mappati o comunque non adeguatamente presidiati, sarà senz'altro necessario procedere all'aggiornamento dei protocolli di controllo relativi ai reati contro la Pubblica Amministrazione nel senso sopra richiamato.

3. Nell'ottica di un rafforzamento del sistema sanzionatorio, con la recente riforma il legislatore ha modificato anche il comma quinto dell'art. 25 del D. Lgs. n. 231/2001, aggravando notevolmente la sanzione interdittiva prevista per i reati di cui ai commi secondo e terzo, che avrà durata "*non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni*" ove il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto apicale, ovvero durata "*non inferiore a due anni e non superiore a quattro anni*" ove il reato presupposto sia stato, invece, commesso da un soggetto sottoposto alla direzione e controllo del soggetto apicale.

Pertanto, nel caso di condanna per uno dei reati di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 25 (reati di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità o corruzione), potrà essere applicata all'ente una delle misure interdittive previste dal secondo comma dell'art. 9 (interdizione dall'esercizio dell'attività, alla

sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni, al divieto di contrattare con la P.A., all'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e all'eventuale divieto di pubblicizzare beni o servizi), con una cornice edittale che varierà a seconda del ruolo dell'autore del reato presupposto.

L'applicabilità di una sanzione interdittiva per un periodo massimo di sette anni, nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da un soggetto apicale, fa sì che la sanzione medesima perda quel carattere di temporaneità che la contraddistingueva prima della riforma. Infatti, l'applicazione di tali sanzioni interdittive all'ente, in aggiunta alla sanzione rappresentata dalla pena pecuniaria, era finalizzata ad evitare che quest'ultima finisse per essere considerata come mero costo d'impresa, in quanto le prime, andando a colpire direttamente l'attività dell'impresa, – limitandola, sottraendole risorse e potendo persino arrivare a paralizzarla – rappresentavano una minaccia concreta e pregnante, in grado di indurre comportamenti virtuosi nelle persone giuridiche³.

A seguito della riforma, invece, le sanzioni interdittive che, come noto, sono obbligatorie per i reati per cui sono espressamente previste e possono essere applicate congiuntamente, appaiono identificarsi come un'unica sanzione principale, applicabile all'ente in caso di condanna per un reato previsto dall'art. 25 del D. Lgs. n. 231/2001 ed idonea anche a giustificare l'interruzione dell'attività imprenditoriale. Invero, in un'epoca caratterizzata dalla forte centralizzazione degli acquisti e dalla tendenza a stipulare accordi quadro pluriennali, il divieto a contrarre anche di pochi mesi è, all'evidenza, già capace di determinare gravi ripercussioni sulla continuità dell'ente medesimo.

Quanto all'applicabilità delle misure interdittive in fase cautelare, al fine di evitarne una eccessiva durata, la riforma ha modificato l'art. 51 del D. Lgs. n. 231/2001, specificando il limite massimo di durata delle misure cautelari in un anno ed in un anno e quattro mesi nel caso di applicazione dopo la sentenza di condanna di primo grado.

4. Un'altra innovazione riguarda l'introduzione, all'art. 25 del D. Lgs. n. 231/2001, del comma 5-*bis*, nel quale si prevede una sanzione interdittiva "attenuata" ("*non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni*"), nel caso in cui,

³ M. H. SCHETTINO-F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. 231/2001*, Milano, 2019, p. 51.

prima della sentenza di primo grado, l'ente si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità e abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Nel richiamare le condotte collaborative indicate negli articoli del codice penale, il nuovo comma 5-*bis* consente all'ente di ottenere una notevole riduzione della sanzione interdittiva, qualora si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori. Come si legge nel dettato del nuovo comma, l'ente infatti deve essersi adoperato "efficacemente" e deve aver consentito di ottenere dei risultati concreti, assicurando le prove dei reati, l'individuazione dei responsabili riconducibili all'ente stesso – siano essi apicali o dipendenti – ovvero aver contribuito ad ottenere il sequestro di somme o altre utilità conseguenti alla commissione dei reati contro la Pubblica Amministrazione indicati nell'art. 25 del D. Lgs. n. 231/2001.

Una prima lettura del testo del nuovo comma, pertanto, fa ritenere che l'applicabilità della misura interdittiva attenuata sarà rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale dovrà valutare se la condotta dell'ente risulti "efficace" e "proficua", oltre che indispensabile per ottenere i risultati richiesti, sia dal punto di vista probatorio (prove dei reati ed individuazione responsabili) sia dal punto di vista patrimoniale (sequestro somme od altre utilità). Una collaborazione ritenuta "parziale" da parte dell'Autorità giudiziaria potrebbe essere non idonea al raggiungimento dei risultati richiesti dalla norma e, di conseguenza, impedire l'ottenimento del beneficio.

A seguito dell'entrata in vigore della misura interdittiva attenuata prevista dal nuovo comma 5-*bis*, l'ente avrà la possibilità di valutare se ottenere quest'ultimo beneficio prima della sentenza di primo grado ovvero evitare del tutto l'applicazione di qualsiasi misura interdittiva adempiendo, prima dell'apertura del dibattimento, alle prescrizioni dell'art. 17, fattispecie inserita nel D. Lgs. n. 231/2001 sin dalla sua emanazione. Quest'ultima norma, infatti, consente di porsi al riparo da sanzioni interdittive nel caso in cui, l'ente abbia, nel termine previsto, risarcito integralmente il danno ovvero si sia efficacemente adoperato a tal fine, eliminando le carenze organizzative mediante la adozione di un modello organizzativo idoneo e mettendo, altresì, a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Poiché l'ente potrà evitare l'applicazione di misure interdittive adempiendo alle prescrizioni dell'art. 17, anche nel caso di condanna per uno dei reati indicati nell'art. 25, è verosimile che l'ipotesi attenuata dell'art. 5-*bis* sia destinata a una applicazione residuale. Non si comprende, infatti, la convenienza per l'ente di collaborare nelle forme previste dal nuovo comma 5-*bis* al fine di vedersi applicare comunque la misura, seppur per un periodo inferiore, a fronte dell'immutato disposto dell'art. 17 che esclude l'operatività delle misure interdittive.

E' pur vero che quest'ultima disposizione richiede, comunque, condizioni particolarmente onerose per l'ente, in quanto è necessario che ricorrano congiuntamente tutte e tre le condizioni previste dalla norma⁴. Tuttavia, tali condizioni risultano del tutto simili a quelle indicate nel nuovo comma 5-*bis* e, inoltre, l'applicabilità risulta maggiormente determinata in caso di adempimento delle prescrizioni, rispetto alla nuova ipotesi attenuata, la quale è sottoposta alla valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria.

Si osserva, infine, come l'aggiornamento dei modelli organizzativi e delle correlate procedure aziendali appaia opportuno anche alla luce delle novità rappresentate dalla causa di non punibilità prevista per il soggetto agente dal richiamato art. 323-*ter* c.p. e dalla circostanza attenuante delle sanzioni interdittive prevista dall'art. 25, comma 5-*bis*. A tale riguardo, per consentire all'ente di usufruire dei meccanismi premiali previsti dalle suddette norme, potranno essere ripensati anche gli appositi strumenti di rilevazione e segnalazione delle illecità aziendali, con la finalità precipua di consentire all'ente di assicurare le prove dei reati e l'individuazione dei responsabili nel senso dettato dalla norma. Tali procedure dovranno necessariamente tenere in considerazione la policy aziendale adottata in materia di *whistleblowing*, avendo cura di verificare che la medesima descriva e regolamenti adeguatamente il processo di segnalazione delle violazioni di illeciti o irregolarità, fornisca al segnalante chiare indicazioni operative circa l'oggetto, i contenuti, i destinatari e le modalità di trasmissione delle segnalazioni, nonché riguardo alle forme di tutela che vengono predisposte dall'ente in conformità alle disposizioni normative, come ad esempio quelle poste a tutela dell'anonimato.

⁴ Cass. pen., sez. VI , 2 febbraio 2012 , n. 6248.