

LE SANZIONI "ESTERNE" ED "INTERNE"

**Relazione tenuta in data 20 giugno 2008 dall'Avv. Antonio Salvatore
Università di Ferrara nell'ambito del convegno "La responsabilità penale
delle persone giuridiche derivante da reato" presso l'Aula Magna della
Facoltà di Giurisprudenza**

Con l'espressione "sanzioni esterne" s'intende far riferimento all'apparato di conseguenze afflittive contenuto nella seconda sezione del decreto legislativo n. 231/2001. Si usa l'aggettivo "esterne" sia in quanto si tratta di un sistema sanzionatorio, di carattere pubblicistico, posto "all'esterno" del modello organizzativo e destinato a trovare applicazione in conseguenza della commissione dei reati contenuti nel "catalogo" di cui agli artt. 24 e ss. del decreto legislativo, sia perché le sanzioni vengono irrogate da un soggetto, il giudice penale, "esterno" all'ente.

Con la locuzione "sanzioni interne" si intende, invece, l'apparato sanzionatorio, di natura disciplinare, posto a presidio - e "all'interno", per formarne parte integrante - dei modelli organizzativi (disciplinati dagli artt. 6 e 7 del decreto) per assicurarne l'effettività.

L'apparato disciplinare adottato dall'azienda rappresenta, dunque, una **forza ausiliaria**, un utile supporto che si affianca al sistema sanzionatorio pubblicistico "esterno", nell'accezione sopra richiamata, per perseguirne le medesime finalità.

§ 1. LE SANZIONI "ESTERNE"

L'art. 9 del d.lgs. n. 231/2001 contiene l'elenco delle sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: sanzione pecuniaria, sanzioni interdittive, confisca e pubblicazione della sentenza.

In considerazione dei limiti di tempo imposti, ci si concentrerà su singoli aspetti relativi alle sanzioni che appaiono di particolare interesse.

§ 1.1. SANZIONE PECUNIARIA

La commisurazione di tale sanzione avviene secondo un inedito (per il nostro sistema) meccanismo "per quote", ispirato alla legislazione di altri Paesi europei. Si è parlato di sistema a struttura "bifasica", poiché le quote formano oggetto di una duplice quantificazione operata dal giudice: determinazione dell'importo della singola quota (da un minimo di euro 258,00 a un massimo di euro 1.549,00, in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente) e del numero delle quote (per un numero non inferiore a cento e non superiore a mille, tenuto conto della gravità del fatto di reato): la moltiplicazione del numero delle quote per l'importo attribuito alla quota determinerà la sanzione in concreto applicata all'ente.

Nel primo comma dell'art. 11 si fa riferimento alla modalità di commisurazione della sanzione, che avviene valutando tre aspetti: la gravità del fatto, il grado della responsabilità dell'ente e l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Emerge con chiarezza che il criterio della "gravità del fatto" è analogo a quello previsto dall'art. 133, comma primo c.p.: si è notato, peraltro, che nell'art. 133 si parla di "gravità del reato", a comprova della circostanza che l'espressione usata dal d. lgs. n. 231/2001 fa riferimento a un criterio di valutazione della condotta puramente oggettivo, slegato da ogni parametro soggettivo.

E' stato, ancora, notato che il d. lgs. n. 231/2001 non contiene un rinvio al disposto dell'art. 133, comma 2 c.p., che si riferisce alla "capacità a delinquere": si pone, pertanto, un problema circa la rilevanza delle precedenti condanne dell'ente.

Come noto, nei processi penali i precedenti rilevano principalmente ai fini della commisurazione della pena, nel quadro della capacità a delinquere e possono, inoltre, rilevare ai fini della (mancata concessione) della sospensione condizionale della pena, come motivo della prognosi negativa del giudice.

Nel sistema delineato nel d. lgs. n. 231/2001 non è dato rinvenire un istituto simile, non stabilendosi, nel decreto, che nella determinazione del numero delle quote il giudice debba tener conto delle precedenti condanne inflitte all'ente.

I precedenti vengono in considerazione ai fini della reiterazione (art. 20), la quale, a propria volta, rileva come presupposto delle misure interdittive (art. 13) e più specificamente come presupposto dell'applicazione delle stesse in via definitiva (art. 16).

§1.2. SANZIONI INTERDITTIVE

Sono elencate nell'art. 13 del d. lgs., al quale si rinvia.

In questa sede, ci si concentra sul disposto dell'art. 15 del d. lgs. n. 231/2001, per il quale se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, al ricorrere di varie condizioni. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il Giudice indica i compiti e i poteri del Commissario e, si aggiunge, il Commissario non può compiere *atti di straordinaria amministrazione* senza autorizzazione del Giudice.

Si è verificato il caso di due enti (società) ai quali era stata irrogata la sanzione interdittiva dell'interruzione dell'attività, con nomina di un Commissario, i quali ritenevano di partecipare ad una gara pubblica senza previa autorizzazione del G.I.P. e ne venivano escluse.

Le società ricorrevano al T.A.R. avverso il provvedimento di esclusione: il T.A.R. (T.A.R. Puglia, 3/8/2005) respingeva il ricorso, ritenendo necessaria ed indefettibile l'autorizzazione del G.I.P., sul presupposto che la partecipazione alla indicata trattativa privata rientrasse tra gli atti di straordinaria amministrazione.

Il Consiglio di Stato (sezione V, 13/7/2006) riformava la decisione, sottolineando che la giurisprudenza (citava, per tutte, Cass. Civ. sez. I, 18/10/1997 n. 10229) da tempo è costante nel ritenere che, in tema di attività di impresa, il criterio distintivo tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non può essere quello del carattere "conservativo" o meno dell'atto posto in essere (criterio valido, di regola, per la sola amministrazione del patrimonio degli incapaci), in quanto l'attività imprenditoriale presuppone, necessariamente, il compimento di atti di disposizione di beni, con la conseguenza che l'indicata distinzione va invece fondata sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione *normale* (quindi "ordinaria") del tipo di impresa di cui si tratta e sulle dimensioni in cui essa viene esercitata. Con riferimento alla partecipazione a procedure di gara, come quella *sub iudice*, da parte dell'impresa ricorrente, alla luce delle dimensioni di essa e della circostanza che la società era stata costituita anche per ottenere l'affidamento di servizi del genere di cui si trattava, il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale attività dovesse essere considerata di ordinaria amministrazione.

§ 1.3. CONFISCA

Ci si sofferma sull'oggetto della confisca.

L'art. 19, comma primo, lo ravvisa nel prezzo o nel profitto del reato ("rectius", i beni causalmente e direttamente collegati col fatto di reato, essendo importante sottolineare che il legislatore limita la confisca ai proventi del reato e non estende la misura all'intero patrimonio dell'ente).

Per prezzo del reato si intende il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare altro soggetto a commettere il reato, ovvero quanto è servito per commettere l'offesa.

Per profitto si intende normalmente il vantaggio economico che si riceve per effetto della commissione del reato, ovvero che rappresenta il guadagno derivante dall'attività illecita.

La Cassazione (Cass. Sez. VI, 12/9/2006 n. 32627), con riferimento al profitto, ha chiarito che la nozione di "rilevante profitto" di cui all'art. 13 del d. lgs. (condizione per l'applicabilità di sanzioni interdittive) non corrisponde a quella di cui al successivo art. 19 (profitto come oggetto della confisca). Ai sensi dell'art. 19, prosegue la Corte, il profitto confiscabile non può che essere il profitto inteso

in senso stretto, come immediata conseguenza economica dell'azione criminosa che può corrispondere all'utile netto ricavato.

Altro problema, connesso al precedente, attiene alla possibilità di confiscare il profitto complessivamente conseguito dalla commissione dell'illecito (il vero e proprio ricavo) o, piuttosto, solo l'effettivo guadagno (il profitto al netto degli investimenti e dei costi sostenuti dall'ente prima o durante la commissione del reato).

La Cassazione (Cass. Sez. VI, 12/9/2006 n. 32627) ha recentemente definito il profitto confiscabile come corrispondente all'utile netto ricavato dal reato, al netto dei costi.

Su tale linea interpretativa il Tribunale di Milano (11/12/2006), in un caso di corruzione nel settore degli appalti per la costruzione di strade, ha quantificato il profitto parametrandolo all'utile netto. Il Tribunale ha evidenziato che "le opere commissionate erano effettivamente realizzate con l'assunzione dei relativi costi e, pertanto, ha ritenuto che si dovesse recuperare il concetto di profitto espresso dagli stessi imprenditori coinvolti. Più volte, infatti, si è verificato che negli ambienti delle imprese impegnate nelle costruzioni stradali si ritenesse di poter valutare il profitto di impresa conseguente all'aggiudicazione delle opere nella misura del 10 - 15% del valore stesso dei lavori. Tale quantificazione trova, peraltro, un aggancio normativo nell'art. 122 del d.p.r. 554/1999 (regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994) che quantifica il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A. nella misura del 10%".

Utilizzando la misura del 10% del valore delle opere come solida base di valutazione, il Tribunale non solo ha concluso per l'insussistenza del profitto di rilevante entità di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 231/2001, ma ha disposto la confisca per equivalente del profitto quantificato nella misura del 10% del valore complessivo dei lavori.

Di tesi opposta un'ordinanza cautelare emessa dal Tribunale di Napoli (g.i.p. 26/6/2007) nella quale si sostiene che "(...) se per un'attività lecita è del tutto logico ipotizzare costi imputabili al ricavo di cui si consenta la deduzione, nel caso di attività illecita non sussiste alcuna ragione per consentire al reo di trattenere quanto necessario a coprire le spese, ché altrimenti del tutto irragionevolmente si autorizzerebbe il recupero dei costi sostenuti per l'espletamento di un'attività penalmente rilevante".

§ 1.4. PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA

Anche in relazione a tale sanzione, come per la confisca, sussistono problemi di coordinamento con le sanzioni applicate alle persone fisiche.

Così, in un caso di manipolazione del mercato la società è stata condannata alla sola sanzione pecuniaria, mentre all'imputato è stata applicata anche la pubblicazione della sentenza di condanna, con inevitabili ripercussioni, tuttavia, sull'immagine dell'ente (g.i.p. Milano, 27/2/2007).

§2. LE SANZIONI "INTERNE"

I modelli di organizzazione, gestione e controllo sono stati definiti "il fulcro" del d. lgs. n. 231/2001. Invero, la loro adozione ed efficace attuazione possiede una duplice valenza: se approntati in via preventiva, determinano l'esenzione da responsabilità dell'ente; se attuati successivamente alla commissione del reato (purché prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado), comportano la riduzione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive, e inoltre la possibilità, in sede esecutiva, di richiedere la conversione della sanzione interdittiva in pecuniaria.

Dei modelli, il decreto tratta negli artt. 6 e 7, il primo in relazione ai reati commessi dai cc.dd. "apicali" (le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente) e il secondo in riferimento ai reati posti in essere dalle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza degli "apicali" (lavoratori subordinati, lavoratori a progetto, consulenti, collaboratori, agenti, distributori, concessionari di vendita).

In relazione al tema specifico trattato, va segnalato che, secondo un'impostazione, anche se il modello ex art. 7 viene descritto sul presupposto che esso possa distinguersi dal quello inerente ai soggetti "apicali" ed essere, pertanto, separatamente adottato, l'ente potrebbe adottarne uno solo, dotato della maggiore ampiezza e valevole per entrambe le ipotesi, dal momento che gli artt. 6 e 7 contengono in sostanza gli stessi requisiti relativi alla verifica e all'eliminazione dei rischi e al presidio disciplinare.

Secondo altra più condivisibile impostazione, sarebbe invece necessario uno "sdoppiamento" dei modelli, a causa dei differenti presupposti sui cui si basa la responsabilità dell'ente, in relazione ai reati commessi dagli "apicali" e dai "sottoposti" e delle differenti funzioni che i modelli sono chiamati a svolgere in ciascuno dei due casi.

Per chiarezza espositiva, si tratterà prima delle caratteristiche "generali" dell'apparato sanzionatorio interno (sistema disciplinare), valevoli per entrambi i casi, per trattare in seguito del sistema disciplinare con specifico riguardo alle figure degli "apicali" e dei "sottoposti".

Per garantire l'efficacia esimente e attenuante di cui si è in precedenza parlato, il modello dev'essere non solo "adottato", ma anche "efficacemente attuato". L'"efficace attuazione" richiede, tra l'altro, un **sistema disciplinare** idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle regole del codice di condotta e delle

procedure operative previste dal modello organizzativo, tanto nei confronti degli apicali, quanto nei confronti dei soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza.

La giurisprudenza ha, invero, ritenuto carenti i modelli dalla stessa esaminati nei casi in cui non era "espressamente prevista la comminazione di sanzione disciplinare nei confronti degli amministratori che, per negligenza – ovvero imperizia – non avessero saputo individuare e, conseguentemente, eliminare violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione di reati" (Trib. Milano, 9/11/2004; 20/9/2004, 28/10/2004 e Tribunale di Bari ord. 18/4/2005).

Tale giurisprudenza segue la scia dell'esperienza statunitense, secondo cui l'apparato sanzionatorio "interno" all'ente rappresenta il punto di forza di un "compliance program", nella prospettiva di una "parziale privatizzazione dell'amministrazione della giustizia penale" e, pertanto, l'introduzione e/o l'implementazione di un sistema disciplinare "ad hoc" costituisce un requisito essenziale dei modelli organizzativi, integrandone il "contenuto minimo".

Il d. lgs. n. 231/2001, tuttavia, non offre alcuna indicazione specifica in ordine alle caratteristiche del sistema disciplinare, sicché spetta all'interprete la ricostruzione sistematica dei caratteri e contenuti di tale sistema.

Particolare attenzione dev'essere riservata a uno dei caratteri strutturali dei modelli organizzativi cui si voglia attribuire una concreta idoneità ad assolvere le funzioni cui sono destinati, vale a dire a quello dell'*efficacia*, che consiste nell'idoneità, in concreto, del modello a elaborare meccanismi di decisione e controllo tali da ridurre significativamente l'area del rischio da responsabilità. Tale idoneità, in riferimento al sistema disciplinare, dev'essere garantita da sistemi di controllo idonei a identificare le operazioni che possiedano caratteristiche anomale, tali da segnalare condotte rientranti nell'area di rischio e strumenti di tempestivo intervento nel caso di individuazione di siffatte anomalie.

In tale ottica, l'efficacia di un modello organizzativo dev'essere considerata anche come funzione dell'efficienza degli strumenti idonei a identificare "sintomatologie da illecito", in altre parole, il sistema disciplinare richiesto dal d.lgs 231/2001 dev'essere orientato a sanzionare, oltre i fatti che costituiscono reato, anche condotte di regola **prodromiche** alla commissione dello stesso o di altro reato (anzi a ben vedere più le seconde che i primi, essendo scopo delle cautele dei modelli organizzativi quello di agire sull'ipotizzato meccanismo di produzione dell'evento impedendo il verificarsi di accadimenti prodromici rispetto all'evento lesivo che rappresentano dei "sotto eventi" dei decorsi causali tipicamente alla base della realizzazione dell'evento astratto previsto da una fattispecie penale).

Al carattere dell'*idoneità* del sistema disciplinare, si aggiunge, pertanto, quello della sua *autonomia* rispetto ai cc.dd. "precetti penali di riferimento" (nel senso che il sistema deve essere teso a sanzionare anche condotte non penalmente sanzionate o anche meramente irregolari).

Il Tribunale di Bari, con l'ordinanza del 18/4/2005, ha avuto cura di specificare che il sistema sanzionatorio disciplinare interno, per essere efficace, deve sanzionare il contravventore del modello di organizzazione, **indipendentemente** dal fatto che da quella violazione sia scaturita la commissione di un reato.

Ad esempio, devono essere prevenute anche condotte in materia di frode fiscale o di false comunicazioni sociali, ancorché non (ancora) previste (frode fiscale) tra i presupposti della responsabilità dell'ente o non punibili (false comunicazioni sociali) per mancato raggiungimento delle "soglie quantitative", in quanto operazioni idonee a creare disponibilità extracontabili e quindi occasione di condotte corruttive).

In tema di reati contro la P.A., sarà espressione di efficacia dei meccanismi di controllo l'idoneità di un modello a individuare le anomalie tipiche di un procedimento amministrativo oggetto di corruzione (l'esperienza giudiziaria ha evidenziato come siano, spesso, associati a condotte corruttive bandi di gara che, dal momento della loro pubblicazione, prevedano un termine molto ristretto per la presentazione di offerte che magari richiedano delle progettualità complesse. Similmente, l'annotazione di fatture relative a operazioni inesistenti o comunque operazioni idonee a creare disponibilità extracontabili – anche se per valori inferiori alle soglie richieste dagli artt. 2621 e 2622 del codice civile – sono sintomi di possibili condotte corruttive, da considerare in un'area di rischio, ancorché tali condotte non siano autonomamente perseguibili.

Da un punto di vista generale, può sostenersi che l'idoneità di un apparato sanzionatorio "interno" (adeguato sistema disciplinare) a evitare (o ridurre significativamente) il rischio di verifica di reati dipende dalla sua attitudine ad attivarsi in presenza di *red flags*, cui normalmente si riconnettono reati e, a tale proposito, non si è mancato di rilevare il ruolo che può essere svolto dalla gestione di servizi informatici, con la possibilità di elaborare modelli automatizzati di controlli preventivi.

Nell'ambito dell'impresa, taluni comportamenti illeciti ma non penalmente (o in via amministrativa) sanzionati o anche meramente irregolari potrebbero costituire le fasi preparatorie dell'illecito rilevante. Diversamente, il sistema disciplinare costituirebbe un inutile "doppione" dei preminenti precetti penali di riferimento, in spregio al suddetto requisito della specificità/autonomia.

Tali condotte prodromiche non necessariamente sono ascrivibili allo stesso soggetto autore del reato e, in loro considerate, non necessariamente integrano gravi illeciti: un malintenzionato, in effetti, oltre che procurarsela può approfittare dell'occasione inconsapevolmente offerta dalla negligenza altrui e questa può essere anche banale; ovvero, specularmente, una violazione più seria può rimanere senza esiti criminosi perché fortunatamente nessuno ne approfitta. Ciò spiega come i sistemi disciplinari previsti dal d. lgs 231, nonostante la gravità dei reati di riferimento, comunque pacificamente degni di sanzioni espulsive, ben possano e debbano contemplare anche *sanzioni conservative*. Il punto è scarsamente considerato dalla dottrina e dalle linee guida: i fugaci accenni si limitano ad assumere come premessa incidentale a diversi fini argomentativi, a mò di *obiter dictum*, che le violazioni minori, per esempio le violazioni degli obblighi procedurali del modello, siano accompagnate da sanzioni conservative (dunque diverse dal licenziamento), per consentire una reazione agli inadempimenti che non si ritenessero di gravità tale da determinare la risoluzione del rapporto. La stessa Corte Costituzionale ha sancito che l'esercizio di un potere disciplinare nello svolgimento di qualsiasi tipo di lavoro subordinato ovvero autonomo o professionale deve rispondere al principio di *proporzione* che rappresenta diretta espressione del generale canone di *ragionevolezza* (art. 3 Cost.) coniugato alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore (art. 4 e 35 Cost.) e implica che il potere deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare (Corte Cost. 29/5/1995 n. 220 e pure Cass. 3/4/2003 n. 5213)".

Si applicano poi tutti i principi sanciti, rispettivamente, dall'art. 2106 c.c. e nei primi commi dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori (l. n. 20/5/70 n. 300), che si rivolgono specificamente al lavoro subordinato ma che assurgono al rango di principi fondamentali di rango costituzionale (regola del contraddittorio, principio di immutabilità della contestazione, della tempestività della contestazione ecc.), validi ogni qual volta sia configurabile un rapporto di supremazia in cui un soggetto può, con proprio atto unilaterale, determinare conseguenze negative nella sfera di altro soggetto in ragione di un comportamento negligente o colpevole di quest'ultimo (Cass. 21/4/2005 n. 8303).

Il sistema sanzionatorio deve essere redatto **per iscritto** e adeguatamente **divulgato**, in uno con il modello organizzativo, mediante una puntuale e capillare informazione e formazione dei destinatari; nonostante tra i requisiti dei modelli non sia prevista l'"adeguata formazione e informazione del personale sugli aspetti rilevanti ai fini dell'osservanza della legge nello svolgimento dell'attività di organizzazione" (come era invece previsto nel Progetto Grosso), le

guidelines delle associazioni di categoria (esempio ABI, CONFINDUSTRIA) prevedono comunque l'informazione e la formazione dei destinatari come "due importanti requisiti del modello ai fini del suo buon funzionamento", aggiungendo, in particolare, che i relativi sistemi disciplinari "vanno espressamente inseriti nel regolamento disciplinare aziendale se esistente o comunque formalmente dichiarati vincolanti per tutti i dipendenti (a esempio mediante una circolare interna o un comunicato formale), nonché **esposti**, così come previsto dall'art. 7, comma I, della legge n. 300 del 1970 ("Statuto dei Lavoratori"); in proposito, sono stati suggeriti nell'applicazione pratica oltre all'affissione in luogo accessibile a tutti, la consegna di una copia del modello includente il sistema disciplinare da far firmare per ricevuta e presa visione, nonché l'organizzazione di corsi diretti a diffonderne il contenuto; si ritiene che, come tralattivamente affermato dalla giurisprudenza giuslavoristica, la sanzionabilità di quei fatti il cui divieto risiede nella coscienza sociale quale "minimum etico", riconoscibili come illeciti senza necessità di specifica previsione, in particolare se contrari a norme di rilevanza penale, sarebbe comunque salva, anche in caso di mancata affissione e/o divulgazione (giurisprudenza giuslavoristica relativa a sanzioni espulsive e conservative).

Il sistema sanzionatorio disciplinare dev'essere **armonico** e **compatibile** con le norme legislative e contrattuali che regolano il rapporto intrattenuto dall'ente con ciascuno dei soggetti a cui si applica il modello, in particolare per quanto riguarda la tipologia delle sanzioni e il relativo procedimento di accertamento e irrogazione (requisito della **compatibilità**).

Non deve essere "flatus vocis", ma caratterizzato da misure concrete, idonee a renderlo efficiente (requisito della **idoneità**), idoneità che si manifesta e si misura essenzialmente sul piano della funzione **preventiva**, una funzione preventiva che, per quanto concerne i reati dolosi è indiretta e mediata (in quanto tale la condotta dolosa non è prevenibile, tant'è che il legislatore sconta l'ipotesi dell'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi (art. 6 comma I lett. c), ciò che si può prevenire è l'occasione, anche remota, in cui la condotta dolosa alligna) mentre per i reati colposi è diretta.

Per quanto riguarda i sistemi disciplinari posti a presidio dei modelli organizzativi (art. 6 d. lgs. n. 231/2001) che riguardano le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione dell'ente, il sistema disciplinare deve essere presidiato da apposito organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, con il compito, tra l'altro, di vigilare sull'osservanza dei modelli (art. 6, comma I, lett.b), il che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito.

L'organismo di vigilanza pur non disponendo, **salvo apposita delega aggiuntiva**, di poteri disciplinari o sanzionatori diretti, avrà il potere di "promozione" dell'esercizio del potere disciplinare da parte dell'organo statutariamente competente (in dottrina è stata ipotizzata una previsione statutaria che conferisca all'Organismo di vigilanza il diritto-dovere non solo di partecipare **all'assemblea dei soci**, ma anche **di chiederne la convocazione** per la segnalazione e la deliberazione su questioni rientranti nelle proprie funzioni di vigilanza), ovvero da parte di organo collegiale ad hoc, di nomina assembleare, composto di soggetti di riconosciuta indipendenza e moralità.

Applicando i suesposti principi agli "apicali" (art. 5, comma I, lettera a), analizziamo le singole figure:

a) **GLI AMMINISTRATORI**

Primo nodo da sciogliere è stato ravvisato nel fatto che il d. lgs. 231/2001 impone la previsione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto del modello, senza curarsi delle possibili interferenze tra tale sistema e le sanzioni tipiche previste dal diritto societario: la revoca e l'azione di responsabilità.

Non è questa la sede per approfondire i rapporti tra azione di responsabilità e azione di revoca e il problema se, nelle s.r.l., il diritto di chiedere la revoca cautelare degli amministratori possa essere esercitato in via autonoma o debba essere, necessariamente, esercitato con l'azione di responsabilità.

Qui ricordiamo solo che con l'azione di responsabilità si tende a ottenere il risarcimento del danno e con quella di revoca si vuol porre termine alla relazione tra società e amministratore.

Il problema, in realtà, più che di interferenze è di **integrazione**, in effetti:

- per quanto attiene all'azione di responsabilità, deve escludersi che essa sia riconducibile al novero delle sanzioni disciplinari dei modelli organizzativi, sia perché le sanzioni disciplinari non rivestono funzione risarcitoria, sia perché molte violazioni degli obblighi degli amministratori, pur precludendo a (o integrando i) reati di cui agli artt. 24 e ss. d. lgs. 231, non determinano direttamente alcun danno né alla società né ai terzi e, talvolta, anzi determinano vantaggi alla società. Va piuttosto rilevato che l'azione di responsabilità può riguardare i modelli sotto diverso profilo: in effetti, l'adozione dei modelli, pur rappresentando pacificamente (almeno al momento) solo un onere sul piano penalistico, rappresenta invece un vero e proprio obbligo dal lato civilistico, ex art. 2381, terzo e quinto comma c.c., che impongono al CDA e agli organi delegati, rispettivamente, di valutare e curare un adeguato

“assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”, in relazione alla “natura e alle dimensioni dell’impresa”: il che, inevitabilmente, include l’adozione di idoneo modello di organizzazione, in relazione alla natura e alla dimensione dell’organizzazione nonché al tipo di attività svolta (artt. 6, comma 1 e 7, comma III). In altre parole, il modello potrebbe configurarsi anche come modello di “*corporate governance*” e rappresentare l’esatto adempimento di un obbligo di *corretta gestione dell’impresa*, quale *presupposto* di responsabilità civile degli amministratori (in caso di mancata attuazione del modello), sicché l’amministratore che non abbia una responsabilità diretta ed immediata nell’illecito penale ben può comunque rispondere civilmente per non aver posto in essere un modello idoneo;

- per quanto riguarda l’azione di revoca, pur ravvisandone analogia di funzioni con le sanzioni disciplinari, va sottolineato che un sistema disciplinare armonico e completo e rispettoso del principio di proporzionalità, non può esaurirsi nella sola sanzione espulsiva della revoca, che appare davvero eccessiva laddove irrogata per una mera “svista”, rimasta priva di alcun esito criminoso.

Ne deriva che, almeno nei confronti degli amministratori (e anche dei dirigenti apicali) il problema dell’individuazione della tipologia delle sanzioni e del relativo procedimento di irrogazione per il sistema disciplinare dei modelli organizzativi non può essere risolto tramite il semplicistico rinvio alle sanzioni previste per ciascun tipo di rapporto, come è invece avvenuto in molti modelli organizzativi.

Al contrario, occorre **integrare** lo strumento tipico del diritto societario con la **diretta** previsione di una sequenza di sanzioni “ad hoc”, adeguatamente articolata a seconda della gravità della violazione.

La materia è ancora da esplorare, sebbene esperienze disciplinari appartenenti ad altri settori regolamentati potrebbero essere suscettibili di proposizione nel campo specifico (si fa riferimento all’istituto della sospensione conosciuto nell’ambito del diritto bancario e specificamente disciplinato dalla Banca d’Italia, con proprie istruzioni).

Nel modello organizzativo A.N.C.E. si suggerisce di prevedere il “richiamo formale in forma scritta che censuri la violazione delle prescrizioni del modello”, la “sospensione dalla carica e dal compenso per un periodo compreso tra un mese e sei mesi, per violazioni particolarmente gravi, reiterate o molteplici, la proposta o decisione di revoca dalla carica, in caso di violazioni di eccezionale gravità”, nonché

di "meccanismi automatici di decadenza dalla carica sociale al sopravvenire di una causa che incida sui requisiti di onorabilità o professionalità eventualmente stabiliti statutariamente e collegati anche a comportamenti non conformi al modello".

Il secondo nodo interpretativo in materia di sistemi sanzionatori per gli amministratori è stato ravvisato nell'apparente difficoltà, se non impossibilità, di ricorrere agli ordinari strumenti di promulgazione della normativa disciplinare, tradizionalmente concepiti e collaudati in specifico riferimento al rapporto di lavoro subordinato: difficoltà a fronte della quale "l'unica soluzione percorribile è apparsa quella di esplicitare nel contratto individuale gli inadempimenti ritenuti rilevanti e le corrispettive "pene private aziendali", ricorrendo al regime delle sanzioni di diritto comune e innanzitutto agli articoli 1382 e ss. c.c. in materia di clausola penale.

Tale opzione – anche a prescindere dai problemi applicativi sul piano pratico, in particolare per i rapporti in corso – non appare condivisibile perché:

- a) i sistemi disciplinari di cui si parla trovano la loro fonte direttamente nell'art. 6, comma 2, lettera e) del d. lgs 231/01, che non fa cenno alla necessità di ulteriore implementazione contrattuale; si ricordi, al proposito, che lo stesso art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, è ormai pacificamente interpretato nel senso di riconoscere, a titolo originario, il potere di predisposizione unilaterale del codice disciplinare e di applicare le sanzioni in caso di inesistenza di idonea contrattazione collettiva, mentre è del tutto superata l'opinione secondo la quale in mancanza di regolamentazione contrattuale il potere disciplinare non sia esercitabile;
- b) le sanzioni disciplinari, attesa la loro natura e funzione non trovano il loro fondamento nelle regole generali dei rapporti contrattuali e non sono assimilabili alle penali di cui all'art. 1382 c.c.

Dal punto di vista formale, si può porre il problema dello strumento più acconcio per promulgare le sanzioni disciplinari riguardanti gli amministratori, ovvero perlomeno quelle che incidono, in tutto o in parte, sul loro "status" societario o sulla loro capacità gestionale: a proposito – essendo riservate, ex art. 2328 c.c., all'atto costitutivo le indicazioni relative ai "poteri degli amministratori" e al "funzionamento della società" – appare preferibile la tesi dell'implementazione a livello statutario. In dottrina si è indicata la soluzione di una **previsione statutaria** che conferisca all'organismo di vigilanza il diritto-dovere non

solo di partecipare all'assemblea dei soci, ma anche di chiederne la convocazione per la segnalazione e la deliberazione su questioni rientranti nelle proprie funzioni di vigilanza, tra le quali rientra la promozione dell'azione disciplinare nei confronti degli amministratori.

c) I DIRETTORI

In relazione a tale figura di lavoratori subordinati (ma pur sempre "apicali", nel senso di cui all'art. 5, comma 1 lettera a) del d. lgs. n. 231/2001), si può probabilmente affermare che l'art. 6, comma 2, lettera e) del d. lgs. (che introduce un sistema disciplinare "ad hoc" anche nei confronti di tali soggetti apicali) ha contribuito al *revirement* giurisprudenziale della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 7880 del 30/3/2007) che - risolvendo un contrasto giurisprudenziale insorto tra le sezioni semplici - ha affermato che le tutele previste dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori si applicano anche ai dirigenti, senza distinzione alcuna (come era stato invece prospettato dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 29/5/1995 n. 6041) tra dirigenti "top manager" e dirigenti "medi" o "minori", distinzione più "sociologica" che giuridica e, in ogni caso, non rispettosa dei principi costituzionali a tutela dei lavoratori.

Prima della sentenza del 30/3/2007, invero, si assisteva alla presenza, nel nostro sistema giuridico, di un netto contrasto tra un orientamento giurisprudenziale (quello, consacrato nella sentenza delle Sezioni Unite del 29/5/1995 n. 6041, che, sulla base di indizi più sociologici che giuridici, ravvisava un'incompatibilità ontologica tra rapporto dirigenziale, almeno in riferimento ai dirigenti *top manager* e responsabilità - e conseguenti garanzie - disciplinari) e un dato normativo (l'art. 6, comma secondo, lettera e) del d. lgs. n. 231/2001), che viceversa esige l'introduzione di un sistema disciplinare anche nei confronti dei direttori (considerati come "apicali").

In seguito al sopra accennato *revirement* non sussistono, ormai, più dubbi nell'affermare che i direttori di cui all'art. 5, comma 1 lettera a) del d. lgs. n. 231/2001 debbono, *a fortiori* nell'ambito applicativo del decreto n. 231/2001, essere assoggettati a un sistema disciplinare, comprensivo di sanzioni conservative e assistito dalle fondamentali garanzie del contraddittorio.

Del resto, prima dell'emanazione della più volte menzionata sentenza, i modelli organizzativi più "garantisti" (a esempio quello elaborato dalla "Adecco", approvato dal Consiglio di amministrazione il 24/11/2006) prescrivevano di procedere secondo le prescrizioni di cui all'art. 7 dello

Statuto dei Lavoratori anche in caso di violazioni poste in essere dai dirigenti.

Per quanto riguarda le persone sottoposte alla direzione o vigilanza degli "apicali", di cui all'art. 5, comma 1, lettera b) del d. lgs. n. 231/2001, vale a dire i lavoratori subordinati il sistema disciplinare (che deve essere adottato con delibera del Consiglio di amministrazione), facente parte del modello, deve essere predisposto nel rispetto degli artt. 2118 e 2119 del codice civile, della legge n. 300 del 1970 ("Statuto dei Lavoratori") e dei vigenti CCNL e deve contenere le regole che individuano e disciplinano l'intero sistema delle sanzioni che l'ente intende comminare per il mancato rispetto delle misure previste nelle procedure organizzative aziendali e nel codice di condotta, allo scopo di individuare e definire le sanzioni applicabili e i criteri di commisurazione delle stesse.

Il sistema disciplinare suddetto non deve sostituire le sanzioni previste dai rispettivi CCNL ma deve stigmatizzare e sanzionare solo i comportamenti infedeli verso le disposizioni previste dal modello e le violazioni alle procedure operative aziendali poste in essere dai vari soggetti.

Per coloro che sono legati all'ente da un rapporto di lavoro di tipo subordinato (ivi compresi, pertanto, i dirigenti e non solo i quadri, gli impiegati e gli operai), il procedimento disciplinare non può che essere quello già disciplinato dallo Statuto dei Lavoratori e dal CCNL vigente.

Tuttavia, è in ogni caso da prevedere il necessario coinvolgimento dell'Organismo di vigilanza nella procedura di accertamento delle infrazioni e della successiva irrogazione delle sanzioni.

Non potrà, pertanto, essere archiviato un procedimento disciplinare e irrogata una sanzione disciplinare senza preventiva informazione e parere dell'Organismo di vigilanza, anche laddove la proposta di apertura del procedimento disciplinare provenga dall'Organismo stesso.

Per quanto riguarda i consulenti, collaboratori, agenti, distributori, concessionari di vendita, procuratori, lavoratori a progetto (si tratta di soggetti sottoposti alla vigilanza degli organi amministrativi dell'ente) e, in generale, di terzi che intrattengano rapporti con l'Ente, sarà opportuno inserire nelle lettere di incarico, accordi e contratti clausole risolutive espresse che prevedano appunto la risoluzione del rapporto in caso di mancata osservanza delle disposizioni del codice etico o delle procedure organizzative elaborate nel modello organizzativo. La clausola



risolutiva dovrà essere sottoposta alla duplice firma ex art. 1341 e ss.
codice civile.

Avv. Antonio Salvatore