

IL RUOLO DELLA CONTESTAZIONE DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO NELLE LOGICHE DIFENSIVE DELL'ENTE

VITTORE D'ACQUARONE, AVVOCATO del foro di Verona e Solicitor UK¹

In base al combinato degli artt. 59, 5, 6 e 7, il pubblico ministero, nel rivolgere all'ente la contestazione dell'illecito amministrativo derivante dal reato commesso dall'apicale, sembra tenuto a enunciare «*in forma chiara e precisa*» il solo fatto costitutivo del reato commesso nel suo interesse o vantaggio e non anche i fatti della colpa in organizzazione e del difetto nel Modello organizzativo, retrocessi dall'art. 6, se smentiti, a causa di esclusione della punibilità e, quindi, a fatto impeditivo.

Così dilatato l'accertamento del giudice all'attività organizzativa nel suo complesso o all'intero modello, si pone in capo alla persona giuridica imputata l'onere di dimostrare l'adeguatezza di una struttura o di un documento, quale è quello organizzativo, spesse volte troppo complessi se non adeguatamente circoscritti.

Contrariamente alle aspettative del legislatore, il quale nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo immaginava la contestazione come lo strumento atto a «definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice» e a «mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa», nel procedimento per responsabilità amministrativa da reato si registra, dunque, una tutela in concreto carente del *diritto della società alla contestazione dell'accusa* e, di conseguenza, una riduzione delle sue capacità difensive in sede processuale.

Di qui l'esigenza di una riforma della disciplina che anche per i reati commessi dagli apicali includa nel titolo costitutivo della responsabilità dell'ente la colpa organizzativa e il difetto nel modello.

1. Premessa

«Quando non dispone l'archiviazione, il pubblico ministero contesta all'ente l'illecito amministrativo dipendente dal reato (...) La contestazione contiene (...) l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative (...)». Questo l'inciso dell'art. 59, d.lgs. 231/2001² – in particolare quello relativo alla «enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto» – sul quale il presente contributo intende svolgere qualche riflessione.

¹ Alla redazione del presente articolo ha collaborato il dott. Riccardo Roscini-Vitali dello Studio legale Bignotti e d'Acquarone – Avvocati associati di Verona.

² D'ora in poi, gli articoli non seguiti dalla fonte normativa si intendono riferiti al d.lgs. 231/2001.

La norma regola, com'è noto, le caratteristiche della contestazione dell'illecito amministrativo alla persona giuridica, al comma primo indicando, mediante rinvio all'art. 405, comma 1, c.p.p., le *modalità* con cui il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale nei confronti della società laddove, a esito delle indagini preliminari, non ravvisi i presupposti per un provvedimento di archiviazione³; al comma 2 dettagliando il *contenuto* che l'atto di contestazione deve avere e precisando che nel medesimo deve essere enunciato «in forma chiara e precisa» il fatto da cui dipende l'applicazione delle sanzioni amministrative.

Il sintagma normativo introduce una incertezza, ossia se la contestazione rivolta all'ente deve contenere anche un riferimento alla *colpa in organizzazione* o al *Modello organizzativo* ove adottato dalla persona giuridica; e ancora, in caso di risposta positiva alla prima domanda, se per soddisfare il requisito della chiarezza e precisione prescritto dall'art. 59 il pubblico ministero deve circostanziare il *punto* in cui la organizzazione aziendale o il Modello si sono rivelati carenti rispetto alla prevenzione della commissione del reato addebitato alla società e rappresentare le *ragioni* della inadeguatezza riscontrata.

2. La ratio dell'art. 59

La questione interpretativa muove da un contesto normativo che tende ad armonizzare l'istituto della contestazione all'ente con le forme di esercizio dell'azione penale previste per il procedimento ordinario anche, e soprattutto, nella prospettiva di una effettiva equiparazione delle garanzie difensive della persona giuridica rispetto a quelle riconosciute alla persona fisica sotto processo.

Ve ne è riscontro non solo – e in linea generale – nell'art. 34, il quale stabilisce la osservanza, oltre che delle regole appositamente dettate dal d.lgs. 231/2001, delle «disposizioni del codice di procedura penale (...) in quanto compatibili», ma anche – e con specifico riferimento all'istituto in esame – nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo. Ivi il legislatore, nell'affermare che «la contestazione svolge la stessa funzione della imputazione rispetto alla persona fisica», precisa lo scopo dell'«addebitare ad un soggetto collettivo un illecito amministrativo a struttura complessa», ossia «definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice», e, appunto, «mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa⁴».

Sicché l'art. 59 rinvia all'art. 405, comma 1, c.p.p. e utilizza al comma 2 una formulazione che ricorda quella dell'art. 417 c.p.p. Il legislatore ha così voluto replicare, nel sistema sulla responsabilità amministrativa delle società, il naturale

³ Come specificato nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo, «la contestazione dell'illecito [è] sempre formalizzata in uno degli atti indicati dall'art. 405, comma 1, c.p.p. con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, anche nel caso in cui si proceda soltanto nei confronti dell'ente: in quest'ultima ipotesi, peraltro, non vi sarà esercizio dell'azione penale e l'atto conterrà solo la contestazione dell'illecito amministrativo. Pertanto, nei casi in cui sia richiesta l'udienza preliminare, l'atto contestato sarà contenuto nella richiesta di rinvio a giudizio; qualora, invece, si tratti di illecito attratto nella competenza del giudizio monocratico senza udienza preliminare, l'atto di contestazione sarà contenuto nel decreto di citazione diretta a giudizio; per i giudizi speciali la contestazione sarà, anche qui, contenuta nei diversi atti attraverso cui si esercita l'azione penale» (*Relazione al d.lgs. 231/2001*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, Padova, 2008, 58).

⁴ *Relazione al d.lgs. 231/2001*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, cit., 58.

epilogo delle indagini preliminari che contraddistingue il procedimento penale a carico dell'indagato persona fisica.

Se non vi è dubbio che all'origine delle premesse legislative vi sia l'intento di estendere all'ente tratto a processo per responsabilità amministrativa derivante da reato tutte le fondamentali garanzie di cui l'imputato gode nel sistema penale, si registra, nondimeno, una tutela in concreto carente del *diritto della persona giuridica alla contestazione dell'accusa*, dal quale discendono, a cascata, i principi della responsabilità penale per fatto proprio, della presunzione di non colpevolezza e della effettività del contraddittorio tra accusa e difesa.

3. La menzione in contestazione sulla colpa in organizzazione o sull'adeguatezza del Modello organizzativo

La questione si pone rispetto al tema della sussistenza, o meno, in capo al pubblico ministero dell'onere di trattare con chiarezza e precisione in contestazione altresì gli elementi della *colpa in organizzazione* e dell'adeguatezza – o, meglio, della *non adeguatezza – del Modello organizzativo*, se adottato dalla società⁵.

Il dubbio applicativo sorge nel solo caso in cui autore del reato-presupposto sia un apicale (cd. vertice). Il modello ascrittivo della responsabilità per colpa in organizzazione rispetto a fatti commessi da «soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza» (cd. subordinati) è, infatti, quello della «inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza» (art. 7, comma 1), il quale già richiede che il pubblico ministero renda conto in contestazione della violazione, dovendo della stessa dare prova nella prospettiva di un'affermazione di responsabilità⁶.

Diverso il discorso per gli apicali. Rispetto a tali soggetti il legislatore, operando un capovolgimento dell'onere probatorio, esorta, infatti, non il pubblico ministero bensì l'ente che dalle accuse formulate da quest'ultimo voglia scagionarsi a fornire prova della propria *diligenza organizzativa* o della *esistenza del Modello* adottato e della *sua adeguatezza* a prevenire reati della specie di quello contestato (art. 6).

La fattispecie *costitutiva* dell'illecito di cui la persona giuridica è chiamata a rispondere nel caso di reato commesso dall'apicale si riduce, quindi, alla sola presenza di un *reato commesso nell'interesse o a vantaggio della società*, come preteso dall'art. 5. La colpa in organizzazione e/o il difetto del Modello organizzativo – convertiti dall'art. 6 nella condotta diligente della virtù organizzativa e della efficace attuazione di un Modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi – sono, invece, retrocessi a causa di esclusione della punibilità e, dunque, a fatto *impeditivo*.

Per dirla con il G.i.p. di Milano, «la regola di responsabilità da reato degli enti è strutturata in modo tale che il tema della colpa in organizzazione, declinato secondo il paradigma dei Modelli di gestione ed organizzazione, per gli illeciti commessi da soggetti in posizione apicale costituisce solo una causa di esonero da responsabilità

⁵ In generale sul tema, v. PALIERO e PIERGALLINI, *La colpa in organizzazione*, in questa *Rivista*, 3/2006, 167 ss.

⁶ Anche se in tale caso il legislatore lascia, comunque, residuare in capo all'ente la facoltà di esonerarsi da responsabilità dando prova di avere adottato ed efficacemente attuato un Modello organizzativo capace di inibire la commissione di reati (art. 7, comma 2): così PEGORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 80.

(e, pertanto, fatto estintivo) e non già coelemento della fattispecie ascrittiva della responsabilità (un fatto costitutivo)⁷.

La conseguenza dell'assetto processuale così delineato dagli artt. 5, 6 e 7 – per rispondere alla domanda posta in apertura del presente capitolo – è che il pubblico ministero, il quale assume per ufficio l'onere della prova unicamente rispetto all'oggetto del processo, sarà tenuto a enunciare in forma chiara e precisa nell'atto di contestazione il solo fatto costitutivo del *reato commesso dall'apicale nell'interesse o a vantaggio dell'ente* e non anche il fatto della colpa in organizzazione o della lacuna nel Modello organizzativo, decretato *estraneo* rispetto all'illecito.

Effetto diretto di simile impostazione è, come si anticipava, una lesione del diritto alla contestazione dell'accusa e, a ruota, una reale riduzione delle capacità difensive della persona giuridica. Così dilatato l'accertamento del giudice all'attività organizzativa nel suo complesso o all'intero Modello, si pone, infatti, in capo alla società imputata per il reato ascritto all'apicale l'onere di dimostrare l'adeguatezza di una struttura o di un documento, quale è quello organizzativo, che, specie negli enti di grandi dimensioni, sono spesse volte troppo complessi se non adeguatamente circoscritti. Evidentemente una *probatio diabolica*, peraltro contraria alle aspettative del legislatore, il quale immaginava la contestazione come lo strumento atto a «definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice» e a «mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa⁸».

4. Oltre la forma, la sostanza

Il testo dell'art. 59, letto in combinato con gli artt. 5 e 6, non sembra lasciare spazio a interpretazioni alternative: le carenze organizzative o di Modello, non concorrendo a delineare la contestazione dell'illecito amministrativo, sono elemento non pertinente alla stessa; di qui la possibilità di una loro non menzione nell'atto imputativo della responsabilità⁹ e la conseguente frizione tra le garanzie difensive di cui gode nel sistema penale l'imputato e quelle, così rese precarie, concesse alla persona giuridica.

Guardando alla *sostanza* delle cose, il dato *formale* dell'art. 59 presenta, tuttavia, un difetto: esso difficilmente si accorda con talune regole che amministrano le norme che circondano – topograficamente parlando – quella in esame.

Anzitutto, la *fattispecie* dell'illecito di cui è chiamata a rispondere la società.

A dispetto di quanto il tenore letterale dell'art. 5 lasci trasparire, il rimprovero mosso all'ente – *ergo* l'oggetto del giudizio sulla sua responsabilità – si fonda su una fattispecie a struttura complessa che certo non si esaurisce nel reato commesso dall'apicale – rispetto al quale non è, peraltro, sufficiente che il pubblico ministero faccia un mero richiamo nella contestazione dell'illecito amministrativo, se non altro in ragione del principio dell'autonomia della responsabilità delle persone giuridiche sancito dall'art. 8 –, ma implica una colpa in organizzazione ovvero una non efficace attuazione del Modello organizzativo, o, ancora, una omessa o insufficiente vigilanza

⁷ Così Trib. Milano, G.i.p., 3 novembre 2010, in *Soc.*, 2012, 65.

⁸ *Relazione al d.lgs. 231/2001*, in PRESUTTI-BERNASCONI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, cit., 58.

⁹ Così RUTA, *Art. 59. Contestazione dell'illecito amministrativo*, in LEVIS e PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Torino, 2014, 1.200.

sul funzionamento o sulla osservanza del Modello o, infine, un mancato aggiornamento dello stesso. La colpa in organizzazione e la inadeguatezza del Modello organizzativo, prima ancora di essere, se smentiti, strumento funzionale alla difesa della società – ossia fatto *impeditivo* – rappresentano, quindi, il vero *antecedente logico dell'azione punitiva* rivolta all'ente e, dunque, elemento imprescindibile dell'illecito – ossia fatto *costitutivo*¹⁰.

In secondo luogo, la *spinta acceleratoria* impressa dal legislatore alle modalità di chiusura delle indagini preliminari per l'accertamento dell'illecito amministrativo.

Diversamente da quanto accade nel procedimento relativo alle persone fisiche, l'art. 58 prevede che in quello a carico delle persone giuridiche il pubblico ministero che non ritenga di dovere procedere alla contestazione dell'illecito emetta *direttamente* decreto motivato di archiviazione, così bypassando il sindacato giurisdizionale¹¹. Facile leggere dietro tale norma la volontà legislativa di rendere, a fini di economia processuale e di rapida sottrazione della società dallo stigma dell'indagine¹², più celere la fuoriuscita dal procedimento penale dell'ente non meritevole di permanervi oltre. Non altrettanto agevole comprendere la ragione per cui, sempre in epilogo alle indagini preliminari ma nella ipotesi di segno opposto in cui il pubblico ministero decida di trarre a giudizio la persona giuridica, questa non debba venire informata di quale porzione della organizzazione aziendale o del Modello l'accusa ritenga carente rispetto alla prevenzione della commissione del reato addebitato. Restringendo l'area della contestazione si permetterebbe, infatti, alla società di comprendere pienamente l'addebito e, quindi, eventualmente di dimostrare al giudice di avere fatto tutto quanto in suo potere per impedire l'evento criminoso.

Ancora, *il ruolo dell'art. 415 bis c.p.p.* nella disciplina della informazione riservata dall'art. 59 all'ente sotto processo.

In forza dello stretto raccordo con il codice di rito operato dall'art. 34, anche alla persona giuridica va notificato l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415 bis c.p.p.¹³. Atteso che l'art. 59 regola l'informazione alla società in modo *unitario*, senza distinguere tra contestazione dell'illecito amministrativo e avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari, sembra, nondimeno, ragionevole ritenere che anche il contenuto dell'atto da ultimo menzionato sia per l'ente regolamentato dall'art. 59. In altre parole, anche l'avviso ex art. 415 bis c.p.p. dovrebbe contenere la «enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative», esteso – o, come detto, da

¹⁰ Nel senso che la colpa in organizzazione dovrebbe rappresentare elemento costitutivo della fattispecie a fondamento della responsabilità dell'ente, v., in dottrina, CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2015, 11 e 159 e PISTORELLI, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nei procedimenti per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AA.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti* (d.lgs. 231/2001, Milano, 2002 e, in giurisprudenza, Corte Cost., 9 luglio 2014, n. 218, in *www.rivista231.it*).

¹¹ Resta inteso che il pubblico ministero dovrà comunicare il decreto motivato di archiviazione al procuratore generale presso la corte d'appello, il quale, svolti gli accertamenti del caso, potrà contestare l'illecito all'ente entro sei mesi dalla comunicazione.

¹² L'iscrizione dell'ente nel registro delle notizie di reato può, infatti, costare caro allo stesso a livello reputazionale rispetto ai suoi *stakeholder*. Nei confronti di questi ultimi la persona giuridica si impegna, infatti, a conservare le qualità «moralì» cui la stessa si è impegnata, ad esempio, nel codice etico eventualmente adottato, al cui rispetto gli *stakeholder* sono certamente interessati. L'iscrizione nel registro potrebbe essere interpretata da questi ultimi come violazione di tale impegno e indurre gli stessi a recidere il progetto aziendale che con la società indagata avevano stabilito.

¹³ PISTORELLI, *La contestazione dell'illecito*, in AA.Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 316; VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 306; BASSI e EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 595.

estendere – alla colpa in organizzazione e alla inadeguatezza del Modello organizzativo. Ciocché peraltro conferma l'idea che il fatto contestato alla persona giuridica, del quale sembra così richiedersi chiarezza e precisione nella enunciazione già in sede di avviso della conclusione delle indagini preliminari, sia *ulteriore* e *diverso* rispetto a quello commesso dall'apicale, che in tale atto il legislatore si accontenta sia solo sommariamente enunciato.

Così individuata la falla nel sistema aziendale già nell'avviso della conclusione delle indagini preliminari, la società potrebbe, come vuole il comma terzo dell'art. 415 *bis* c.p.p., interagire con l'accusa in un rapporto informativo *alla pari* presentando, entro venti giorni dalla notifica dell'avviso, memorie e/o producendo documenti a difesa.

Così interpretato il rapporto tra gli artt. 59 e 415 *bis* c.p.p., la norma da ultimo citata sarebbe, peraltro, congruente con la *ratio* acceleratoria propria dell'art. 58. Se sconfessata, o quanto meno indebolita, l'ipotesi accusatoria grazie a una dialettica piena con l'ente instaurata già in indagini preliminari, il pubblico ministero potrebbe, infatti, ritenere di escludere la contestazione dell'illecito ed emettere decreto motivato di archiviazione.

Da ultimo, la necessità che il d.lgs. 231/2001 stia «*al passo con i tempi*».

Non prevedere che la contestazione rivolta alla persona giuridica debba contenere un riferimento puntuale anche al Modello porta con sé una ingiustificata equiparazione della situazione processuale della società che abbia adottato il Modello organizzativo con quella dell'ente che invece ne è privo. Si tratta all'evidenza di una impostazione adeguata alla sola realtà processuale propria degli anni immediatamente successivi alla entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, quando a essere imputate erano persone giuridiche quasi tutte sprovviste di Modello, a oggi superata da una casistica che vede raggiunte da contestazione società sempre più spesso dotate di Modello organizzativo.

5. Considerazioni conclusive

Al netto delle considerazioni svolte, il processo penale all'ente per responsabilità amministrativa derivante da reato, nel consentire al pubblico ministero di contestare l'illecito alla persona giuridica alla sola presenza di un fatto criminoso commesso da un apicale nell'interesse o a vantaggio della società, *indipendentemente* da colpa organizzativa o da inadeguatezza del Modello, denota una carente tutela delle fondamentali garanzie difensive che devono invece essere riconosciute all'ente, nonché una complessiva incoerenza sistemica.

Di qui l'esigenza di una riforma della disciplina che, come recentemente auspicato da autorevole dottrina¹⁴, «ridefini[sca] il titolo costitutivo della responsabilità dell'ente, includendovi anche per i reati commessi dai vertici la 'colpa organizzativa'» o il difetto nel Modello organizzativo eventualmente adottato.

Solo così il pubblico ministero sarà tenuto a valutare la colpa in organizzazione o la lacuna nel Modello sin dalla delibazione a conclusione delle indagini preliminari, nella quale dovrà indicare, laddove non ritenga di escludere la responsabilità della persona giuridica, il punto in cui l'organizzazione di quest'ultima o il suo Modello

¹⁴ FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Diritto penale e processo*, VI, 2016, 709.

organizzativo si sono rivelati carenti rispetto alla prevenzione della commissione del reato addebitato e le ragioni della inadeguatezza riscontrata.

Solo così la contestazione assolverà la funzione legislativamente affidata, ossia delimitare i confini dell'accertamento del giudice, la cui valutazione, se estesa all'intera struttura, spesso labirintica, dell'azienda o del suo Modello, rischia di essere disagiata e approssimativa, e, soprattutto, consentire alla società di dimostrare, in una dialettica processuale piena, di avere assolto i propri doveri volti a impedire la realizzazione del reato.

