

# 21 2021

fd  
Riviste



*Berlin, Brandenburger Tor, il futuro alle porte!*

Massimo

Rivista trimestrale  
Anno II • N. 1 / gennaio 2021

In copertina fotografia di Massimo Golfieri  
Berlin, Brandenburger Tor 1989

nowave

reverse  
RECRUITING OUT OF THE BOX

**Rivista registrata:** Tribunale di Bologna 09.11.2020, n. 8549  
**ISSN:** 2724-3753

© Copyright 2021 Filodiritto  
[filodiritto.com](http://filodiritto.com)

inFOROmatica S.r.l., Via Castiglione, 81, 40124 Bologna  
[inforomatica.it](http://inforomatica.it)

tel. 051 9843125 - fax 051 9843529 - [commerciale@filodiritto.com](mailto:commerciale@filodiritto.com)

Progetto fotografico di © Massimo Golfieri - *Berlin, Brandenburger Tor 1989*

*La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15 % di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie utilizzate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale, o comunque per esigenze diverse da quella personale, potranno essere effettuate solo a seguito di espressa autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano. e-mail: [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org), sito web: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)*

# SUL PROCESSO E I SUOI DERIVATI

Questa sezione contiene gli scritti su tutti gli aspetti processuali, valutando gli effetti di quelli più ricorrenti e al contempo di quelli che si affacciano per la prima volta alla realtà giudiziaria

## I requisiti della contestazione all'ente dell'illecito da reato

*The requirements of the notification to entities of an administrative offense*

di [Vincenzo Giglio](#)

### ABSTRACT

*L'autore ritiene che l'atto di contestazione dell'illecito amministrativo agli enti debba contenere non solo l'indicazione del reato presupposto ma anche la descrizione della colpa di organizzazione.*

*The author argues that the notification to entities of an administrative offense must include not only the predicate crime but also the description of the organizational fault.*

#### Sommario

1. Premessa
2. Le norme che regolano la contestazione della responsabilità da reato degli enti
3. Le indicazioni offerte dalla relazione ministeriale di accompagnamento allo schema del Decreto 231
4. Le ulteriori disposizioni normative rilevanti
5. Le conseguenze della violazione dell'obbligo di enunciare in forma chiara e precisa del fatto da cui può derivare l'applicazione delle sanzioni amministrative

#### Summary

1. Introduction
2. The rules governing the notification of the liability of entities for crime
3. The indications offered by the ministerial report accompanying the outline of Decree 231
4. Further relevant regulatory provisions
5. The consequences of the violation of the obligation to state in a clear and precise form the fact which may result in the application of administrative sanctions

#### 1. Premessa

È giunto alle battute finali il giudizio penale in corso dinanzi al tribunale di Milano nei confronti, fra gli altri, di esponenti di alto rango del *management* di ENI S.p.A. (d'ora in avanti ENI) e ROYAL DUTCH SHELL PLC (d'ora in avanti SHELL), accusati di concorso in corruzione transnazionale aggravata.

Il fatto, nella prospettiva accusatoria, sarebbe avvenuto allo scopo di acquisire illecitamente a favore di ENI e SHELL i diritti di esplorazione sul cosiddetto blocco 245 in Nigeria in cambio del pagamento di un importo di oltre un miliardo di dollari

statunitensi alla società pretesa titolare dei diritti su quel blocco.

Congiuntamente a questa fattispecie, la Procura milanese ha contestato a ENI e SHELL l'illecito previsto dagli artt. 5, 6, 7 e 25 commi 2 e 3 del d.lgs. 231/2001, assumendo come reato presupposto l'ipotesi corruttiva di cui si è appena detto e considerandola avvenuta nell'interesse e a vantaggio delle due società e compiuta sia da esponenti apicali che da sottoposti delle stesse.

Nel decreto che dispone il giudizio le contestazioni di tale illecito contengono il mero rinvio all'imputazione di corruzione, l'identificazione nominativa degli imputati che

avrebbero agito a vantaggio e nell'interesse delle due società, la loro qualifica di esponenti apicali o sottoposti e la data di commissione dell'asserito illecito che coincide con quella della corruzione.

Nei paragrafi che seguono si proverà a comprendere se questa configurazione "minimalista" dell'illecito degli enti sia corretta oppure no.

## 2. Le norme che regolano la contestazione della responsabilità da reato degli enti

L'art. 59 comma 1 del Decreto 231 prevede che il PM, se non dispone l'archiviazione, è tenuto a contestare l'illecito all'ente in uno degli atti che comportano l'esercizio dell'azione penale, individuati col richiamo all'art. 405, comma 1, c.p.p.

Il secondo comma dello stesso articolo prescrive a sua volta che la contestazione, oltre agli elementi che identificano l'ente, debba contenere l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto da cui può derivare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato dal quale dipende l'illecito, delle norme che identificano il reato e delle relative fonti di prova.

Il secondo comma del successivo art. 61, che disciplina a sua volta i provvedimenti emessi in esito all'udienza preliminare, contiene la medesima prescrizione per il decreto che dispone il giudizio nei confronti dell'ente e commina la sanzione della nullità ove i requisiti contenutistici non siano rispettati.

## 3. Le indicazioni offerte dalla relazione ministeriale di accompagnamento allo schema del Decreto 231

La relazione di cui si parla chiarì con inusuale chiarezza le direttrici generali e di dettaglio seguite dal legislatore delegato. È quindi un eccellente supporto interpretativo e, al tempo stesso, consente di verificare in che misura l'interpretazione giudiziaria sia rimasta fedele alla *voluntas legis* o se ne sia discostata.

Se ne richiameranno i passaggi salienti.

È particolarmente significativa l'attenzione attribuita ai criteri di imputazione soggettiva.

Gli autori del documento ammettono esplicitamente di essersi discostati dalla legge delega: ***“Costituisce un dato ormai ampiamente acquisito che l'attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al versari in re illicita si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose; essa induce infatti nel destinatario un senso di fatalista rassegnazione nei confronti delle conseguenze negative che possono derivare dal suo comportamento. Nel caso di specie, rappresenterebbe quindi una spinta a considerare le sanzioni una sorta di “costo necessario” dell'impresa, non evitabile, ma preventivamente secondo i consueti criteri di bilancio: sempre che sia ritenuto sopportabile (in caso contrario, si tradurrebbe addirittura in una ragione ostativa allo svolgimento dell'attività d'impresa, in sé irrinunciabile). Viceversa, ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di standards doverosi, significa motivarlo all'osservanza degli stessi, e quindi a prevenire la commissione di reati da parte delle persone fisiche che vi fanno capo. Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al versari in re illicita), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei compliance programs da tempo funzionante negli Stati Uniti. All'ente viene in pratica richiesta l'adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio reato, e cioè volti ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati. Requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga anche efficacemente attuato: l'effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante e irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità”***.

Il modello organizzativo è dunque considerato il fulcro del “sistema 231” poiché, a differenza di quanto sarebbe avvenuto con la



previsione di un generico dovere di vigilanza e controllo, è lo strumento che meglio consente di evitare forme di responsabilità oggettiva e spingere il *management* delle imprese verso una virtuosa prevenzione dei rischi.

Ed ancora, in ordine alla differenziazione tra apicali e sottoposti: ***“lo schema di decreto legislativo differenzia la disciplina a seconda che il reato sia commesso da un soggetto in posizione apicale ovvero da un semplice sottoposto. Quanto al primo caso (art. 6), è opportuno innanzitutto sciogliere eventuali dubbi di conformità alla delega. La citata lettera e) sembrerebbe infatti non richiedere alcuna condizione ulteriore rispetto alla commissione del reato da parte di un soggetto che nell’ente rivesta un ruolo apicale. La norma, infatti, riferisce, almeno in apparenza, la circostanza che la commissione del reato sia stata resa possibile dall’inosservanza degli obblighi connessi alle funzioni di direzione e di vigilanza, esclusivamente al caso in cui il reato sia posto in essere da chi a tali funzioni sia assoggettato: i sottoposti. Tuttavia, nella equivocità del dato testuale (la presenza di una virgola consente per contro di riferire il periodo altresì al caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale), sono state ritenute prevalenti le argomentazioni esposte in precedenza sulla necessità di costruire un sistema quanto più conforme ai principi costituzionali ed informato alla prevenzione. Non si ignora l’obiezione che più agevolmente può muoversi ad una scelta di questo tipo: i soggetti in posizione apicale sono essi stessi espressione della “volontà sociale” ed appare artificioso immaginare l’esistenza di un diaframma che separi quest’ultima dal loro operato. In realtà, se ciò può dirsi senz’altro vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico il caso di “amministratore unico”), non altrettanto vale per la situazione societaria attuale. Questa è costellata da una serie di realtà organizzativamente complesse, in cui il management non si sviluppa più secondo un modello verticistico, ma si distende piuttosto su di una***

***(ampia) base orizzontale, con la conseguente frantumazione dei poteri decisionali dell’ente. In realtà di questo tipo, imputare all’intero ente le conseguenze di comportamenti delittuosi tenuti da soggetti che pure svolgono funzioni apicali ma che non risultano rappresentativi della *societas* nel senso appena specificato, esporrebbe la riforma alle perplessità che si sono poc’anzi illustrate in ordine al ricorso a criteri di imputazione su base meramente oggettiva [...]. Quanto appunto ai modelli validi per i vertici, è chiaro che essi divergono da quelli che disciplinano l’operato dei sottoposti, essendo modulati, non già sul momento meramente esecutivo, bensì su quello della “formazione” e dell’“attuazione” delle decisioni dell’ente. Una più stringente definizione contenutistica (che richiamasse la disciplina dei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione o dell’ottenimento di finanziamenti o sovvenzioni, ecc.) avrebbe avuto certo un pregio in termini di maggiore determinatezza, ma si sarebbe probabilmente esposta al rischio di trascurare tipologie comportamentali che pure, nel confronto con la prassi, dovessero palesarsi rilevanti nell’ottica della prevenzione di reati; soprattutto, avrebbe “complicato il lavoro” del legislatore futuro, per il caso (auspicabile) in cui questi intervenga ad infoltire il catalogo dei reati dai quali discende la responsabilità dell’ente, costringendolo ad una rivisitazione della norma [...] [quanto agli illeciti connessi a reati compiuti da sottoposti] è opportuno sottolineare come, a differenza che nel caso di reato commesso da persona in ruolo apicale, qui l’onere di provare la mancata adozione ovvero la mancata attuazione del modello da parte dell’ente gravi sull’accusa. La ragione è chiara (nulla poena sine culpa) e – lo si ribadisce – discende dalla gravità delle conseguenze suscettibili di prodursi in capo all’ente sul piano sanzionatorio”.***

Altre utili indicazioni si ricavano dai passaggi inerenti alle indagini preliminari e all’udienza preliminare: *“Per quanto riguarda le indagini, l’art. 55 pone a carico del pubblico ministero l’onere di annotare immediatamente nel registro di cui all’art. 335*

*c.p.p. la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato, realizzando una disposizione analoga a quella prevista dal codice di rito [...] Nel registro dovrà essere annotato l'illecito amministrativo, la cui struttura complessa comporta anche l'indicazione del reato da cui dipende; inoltre, si farà menzione degli elementi identificativi dell'ente e, se possibile, delle generalità del legale rappresentante [...] l'art. 59 prevede che il pubblico ministero formalizzi la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato all'ente. La contestazione deve contenere, ovviamente, tutti gli elementi idonei ad identificare l'ente, nonché l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita, con l'indicazione del reato dal quale l'illecito stesso dipende e delle fonti di prova a carico. La contestazione svolge la stessa funzione dell'imputazione rispetto alla persona fisica: addebitare ad un soggetto collettivo un illecito amministrativo a struttura complessa, con lo scopo di definire l'oggetto del processo, delimitando i confini dell'accertamento del giudice, e di mettere in grado l'ente di esercitare il diritto di difesa".*

Si prova adesso a sintetizzare quanto appena esposto.

La responsabilità da reato dell'ente è costruita secondo un sistema che privilegia la prospettiva preventiva piuttosto che quella sanzionatoria.

Proprio per questo, l'illecito deve essere tarato non sulla violazione di generici doveri di vigilanza e controllo ma sulla mancata adozione o sul mancato rispetto degli standard fissati in un efficace e puntuale modello organizzativo.

L'onere probatorio incombe prevalentemente sull'ente se il reato è attribuibile ad un soggetto apicale o sull'accusa pubblica se è invece attribuito ad un sottoposto.

In entrambe le alternative, tuttavia, sarebbe improprio il ricorso a forme di responsabilità oggettiva dell'ente fatte discendere dalla mera ricorrenza del reato presupposto.

È esattamente per questo che l'illecito da reato è assimilabile a una struttura complessa nella quale la descrizione della condotta di reato è condizione necessaria ma

non sufficiente, occorrendo ulteriormente una puntuale individuazione della colpa organizzativa rimproverata all'ente.

Ne discende l'obbligo del PM di contestare l'illecito coerentemente a questa necessità, obbligo che si collega alla prescrizione di uguale tenore riguardo al contenuto del decreto che dispone il giudizio.

#### **4. Le ulteriori disposizioni normative rilevanti**

Varie disposizioni del Decreto 231 possono aiutare a fare luce sull'oggetto di questo scritto.

Utili indicazioni si traggono anzitutto dall'insieme delle norme che regolano l'apparato sanzionatorio (artt. 9 e ss.).

In tema di sanzioni pecuniarie, il legislatore delegato ha previsto un'ampia forbice sia nel numero di quote sia nell'importo attribuibile alle stesse e demanda al giudice uno dosaggio che tenga conto "della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti".

Ancora, quanto alle sanzioni interdittive (art. 13, comma 1, lettera a), la loro applicazione è subordinata a una duplice condizione: che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale o, in alternativa, da soggetti sottoposti all'altrui direzione ma solo se la commissione del reato sia stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative.

La possibilità di riparazione delle conseguenze del reato cui consegue l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive (art. 17) è subordinata, tra l'altro, all'eliminazione delle "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".

Le misure cautelari possono essere applicate (art. 45) solo a fronte di "fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede".

Ognuno degli istituti citati richiede un'attività valutativa giurisdizionale che, a sua volta,

deve essere fondata su puntuali dati conoscitivi riferiti per una parte significativa ad elementi esterni rispetto alla mera descrizione del reato presupposto.

Così, ad esempio, se l'applicazione delle sanzioni interdittive conseguenti a reati commessi da sottoposti è consentita solo nel caso in cui quei reati siano stati determinati o agevolati da gravi carenze organizzative, è palese che queste ultime debbano essere dimostrate ma prima ancora contestate dall'accusa così da permettere all'ente accusato di difendersi adeguatamente sia nell'eventuale subprocedimento cautelare (art. 47) che nella fase dibattimentale.

In tal senso depone anzitutto il passaggio pertinente della relazione ministeriale citata in precedenza: *“Il reato, nel caso in cui sia stato commesso dai dipendenti, dipende, di regola, dall'esistenza di gravi carenze organizzative: questa circostanza evoca con immediatezza la ricorrenza di una grave colpa organizzativa da parte dell'ente, riconducibile o alla mancata adozione di un programma di prevenzione dei reati, ovvero all'adozione di un programma “di facciata”, inidoneo a minimizzare o annullare il rischio-reato”*.

Indicazioni altrettanto utili si ricavano dall'ulteriore passaggio che illustra il senso del procedimento cautelare: *“Il comma 2 dell'art. 47 dello schema muove, invece, dalla convinzione che proprio la natura e le caratteristiche dell'ente giustificano il ricorso al previo contraddittorio in vista della decisione sulla domanda del pubblico ministero. La dialettica tra le parti costituisce lo strumento più efficace per porre il giudice nella condizione di adottare una misura interdittiva, che può avere conseguenze particolarmente incisive sulla vita della persona giuridica; in questo modo, la richiesta cautelare del pubblico ministero viene a misurarsi con la prospettazione di ipotesi alternative dirette a paralizzare o attenuare l'iniziativa accusatoria, con l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare i rischi di una decisione adottata sulla scorta del materiale unilaterale”*.

Considerazioni sovrapponibili possono essere fatte riguardo alla possibilità riparatoria offerta dall'art. 17 posto che, se non fosse

preventivamente esplicitato quali colpe e carenze organizzative sono state rimproverate all'ente, il giudice non potrebbe valutarne con cognizione di causa l'eventuale rimozione e, ancor prima, l'ente accusato non potrebbe consapevolmente e utilmente opporsi alla prospettiva della controparte accusatoria.

## **5. Le conseguenze della violazione dell'obbligo di enunciare in forma chiara e precisa del fatto da cui può derivare l'applicazione delle sanzioni amministrative**

Ognuna delle prospettive prese in considerazione sembra confermare la necessità di natura sistemica che, nella parte descrittiva del fatto che può comportare l'applicazione di sanzioni, l'atto di contestazione dell'illecito all'ente non si limiti alla mera indicazione del reato presupposto ma comprenda invece puntuali riferimenti alla colpa d'organizzazione.

Questa conclusione, per tutto ciò che si è detto, si impone quale che sia il ruolo – apicale o subordinato – rivestito dal soggetto cui è contestato il reato presupposto.

C'è adesso da chiedersi quali effetti derivino dall'inottemperanza del precetto contenutistico posto dall'art. 61 comma 2 riguardo al decreto che dispone il giudizio.

È lo stesso legislatore a prevedere che il rispetto di quel precetto è a pena di nullità.

Si tratta, secondo il predominante indirizzo giurisprudenziale, di una nullità relativa, come esplicitato da ultimo da Cass. pen., sez. III, sentenza n. 33044/2020, secondo la quale *“Per costante giurisprudenza, la nullità del decreto di citazione a giudizio per indeterminatezza e genericità dell'imputazione ha natura relativa e, in quanto tale, è non rilevabile d'ufficio e deve essere eccepita, a pena di decadenza, entro il termine previsto dall'art. 491 cod. proc. pen. (Sez. 3 n. 19649 del 27/2/2019, dep. 08/05/2019, S., Rv. 275749), ovvero, ove l'imputato abbia scelto di essere giudicato con le forme del giudizio abbreviato, nel corso dell'udienza preliminare”*.

La deduzione della nullità è posta dunque a carico di chi ne ha subito gli effetti e non è più possibile una volta che sia spirato il



termine assegnato alle parti per la proposizione delle questioni preliminari.

Questa configurazione porta a ritenere che nella specifica vicenda processuale che ha dato spunto allo scritto la nullità del decreto dispositivo del giudizio per la parte attinente alla contestazione dell'illecito amministrativo non è più in grado di produrre alcun effetto.

La scontata conclusione nulla toglie tuttavia alla censurabilità della prassi omissiva seguita dalla Procura precedente.

Come si è osservato, l'attribuzione di un significato coerente all'espressione "illecito amministrativo a struttura complessa"

utilizzata dai compilatori della relazione governativa di accompagnamento allo schema del decreto legislativo è strumentale ad impedire difese azzoppate e contraddittori monchi e, in ultima analisi, a consentire al giudice una valutazione meditata per ciascuno degli aspetti decisivi dei giudizi in cui sia esercitata un'azione di responsabilità verso enti.

A ben vedere, la minimizzazione di questa esigenza non solo mortifica un precetto normativo ma contraddice lo spirito essenziale del "sistema 231" nella parte chiaramente protesa a favorire il recupero alla legalità dell'ente incolpato.



*West Berlin, coppia militare mi regola una pose*

*M. Golfieri 2019*

© Massimo Golfieri – Berlin, Brandenburger Tor 1989