



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



INVESTIMENTI INTERNAZIONALI E D.LGS. N.231/2001: I COMPLIANCE PROGRAMS E I MODELLI ORGANIZZATIVI DI GESTIONE A CONFRONTO

Il contributo si pone l'obiettivo di fornire una risposta adeguata alla possibile estensione in capo alle organizzazioni plurisoggettive estere, anche a fronte di un unico investimento o della non preminente attività all'interno del territorio nazionale, della responsabilità delineata dal D.Lgs.n. 231/2001. L'analisi, in particolare, oltre a raffrontare gli orientamenti ermeneutici principali, pone la questione se in capo alle società estere, anche a fronte di un unico investimento, si possa o meno ritenere necessaria l'adozione di un serio Modello Organizzativo. A tal punto, il saggio, affronta la possibile assimilazione tra i compliance programs e i Modelli Organizzativi di Gestione, stante la comune finalità preventiva che li accomuna paventando, in ultimo, una soluzione mediana.

di **Pier Angelo Amodio**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Venerdì 9 Ottobre 2020



Abstract ENG

The contribution aims to provide an adequate response to the possible extension to foreign multi-subject organizations, also by virtue of a single investment or non-main activity within the national territory, of the responsibility outlined by Legislative Decree n. 231/2001. The analysis, in particular, in addition to comparing main hermeneutical orientations, raises the question of whether foreign companies, even in the case of a single investment, may or may not consider it necessary to adopt a serious Organizational Model. At this point, the essay addresses the possible equation between compliance programs and Organizational Models, give the common preventive purpose that unites them, ultimately fearing a median solution.

Sommario: 1. Premessa; 2. Il dato letterale e le difficoltà interpretative in campo; 3. Gli orientamenti a confronto ed una possibile via mediana all'orizzonte: i compliance programs; 4. Conclusioni

1. Premessa

L'attuale stato emergenziale dovuto al diffondersi del Covid-19 ha, evidentemente, rimodulato sia le abitudini giornaliere che quelle lavorative, con ciò favorendo, inter alia, lo smart-working e/o il ricorso alla cassa integrazione d'emergenza.

Il desiderato ritorno alla “normalità” prepondera, vivo e pulsante ma, altrettanto forte, risultano essere le questioni e le preoccupazioni sul come ripartire e quali saranno le problematiche a cui far fronte.

Lo Stato non solo dovrà evitare le dislocazioni delle produzioni fuori confine ma, altresì, fondare una rete di investimenti finalizzata a far sì che le società estere trovino conveniente promuovere nel nostro Paese la propria attività imprenditoriale nei limiti della normativa interna.

Ma quali sono le condizioni ottimali e i relativi limiti affinché le organizzazioni plurisoggettive estere possano investire in sicurezza in Italia ai sensi del D.lgs. n. 231/2001?

2. Il dato letterale e le difficoltà interpretative in campo

L'argomento, a ben vedere, difficilmente potrà essere risolto basandosi esclusivamente sul dato testuale in quanto il Decreto contempla la sola ipotesi, per giunta opposta a quella oggetto di trattazione, in cui un'organizzazione plurisoggettiva avente sede in Italia (quindi di diritto italiano) compia una delle fattispecie di reato previste dagli artt. 24 e ss. su territorio straniero, richiedendo, al fine dell'addebito della responsabilità, non solo il verificarsi delle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 del codice penale (reati commessi all'estero, delitto politico commesso all'estero, delitto comune del cittadino all'estero e delitto comune dello straniero all'estero), ma anche che, nei suoi confronti, non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto (in ossequio al principio, sia Europeo che italiano, del ne bis in idem, ovvero l'evitare una duplicazione sanzionatoria a carico del soggetto in relazione al medesimo fatto di reato) e che sussista, in determinati casi previsti dalla legge, la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta di procedere contro l'ente da parte del Ministero della Giustizia o della querela^[1].

Appare, allora, evidente come la normativa interna risulti scarna per ciò che concerne l'eventuale perseguibilità, nonché sanzionabilità, delle organizzazioni plurisoggettive con sede principale all'estero in relazione alle fattispecie di reato commesse, all'interno del territorio nazionale, dai propri soggetti apicali o preposti.

In altri termini, si può muovere un rimprovero ex D.lgs. n. 231/2001 alle società straniere, non aventi sede in Italia, ma che sul territorio nazionale svolgono non stabilmente parte della propria attività o che hanno compiuto, sullo stesso, una singola operazione di investimento?

Lungi dall'affermare una presunta disapplicazione delle regole del D.lgs. ci si chiede se l'organizzazione plurisoggettiva, in ragione del proprio ingresso nel mercato italiano, anche in maniera occasionale, debba munirsi di tutte le cautele previste dalla normativa di settore, quale ad esempio un Modello Organizzativo di Gestione e Controllo, anche se tale assetto non è contemplato dal Paese ove svolge in modo stabile e permanente la propria attività imprenditoriale.

3. Gli orientamenti a confronto ed una possibile via mediana all'orizzonte: i compliance programs

Secondo un primo filone interpretativo^[2], tutt'ora dominante in giurisprudenza^[3] ed in dottrina, gli elementi spaziali della sede secondaria e della "cattiva" gestione imprenditoriale avvenuta all'estero, assurgerebbero a semplici fattori di contorno, privi di alcuna valenza ai fini di una sanzione.

Infatti, il mero fatto di operare in Italia comporterebbe, in virtù sia del principio del locus

commessi delicti ex art. 6 c.p. che dell'art. 3 c.p., l'obbligo dell'ente di rispettare le leggi del nostro ordinamento pena la creazione di vere e proprie "sacche di impunità" in favore di investimenti o di attività secondarie perseguenti scopi e obiettivi tutt'altro che leciti.

L'idea dell'applicazione completa del D.lgs. n. 231/2001 alle organizzazioni plurisoggettive estere si pone, però, in completa distonia con quell'interpretazione che ne nega, invece, in radice ogni forma di attuazione.

Infatti, secondo tale approccio, gli illeciti disciplinati all'interno del D.lgs. non solo avrebbero una struttura complessa e autonoma, ma sarebbero astrattamente a contenuto omissivo^[4].

Le fattispecie di reato, quindi, si realizzerebbero a fronte di una mera inottemperanza, da parte dei soggetti preposti, dei propri doveri di diligenza e controllo, venendosi così ad integrare la c.d. colpa di organizzazione, cioè una cattiva gestione degli apparati organizzativi dell'ente.

Pertanto, qualora l'illecito sia avvenuto in Italia (a prescindere se si tratti di una struttura organizzativa secondaria occasionale o di una singola operazione di investimento), e le carenze di controllo^[5] o il c.d. "cortocircuito organizzativo" abbiano, invece, avuto luogo nella sede principale estera, non potrà paventarsi alcuna giurisdizione in capo al giudice italiano atteso che un elemento costitutivo, nonché fondante, della responsabilità amministrativa degli enti, cioè l'omessa o carente vigilanza, si collocherebbe in un Paese straniero ove l'organizzazione plurisoggettiva ha le proprie sedi amministrative ed organizzative^[6].

A conferma di tale approccio argomentativo verrebbe in rilievo anche un'interpretazione evolutiva dell'elemento territoriale ex art. 4 de D.lgs.

Infatti, la norma, nel prevedere che le organizzazioni plurisoggettive aventi sede legale in Italia rispondono anche per i propri reati commessi all'estero, dimostrerebbe come il requisito della "sede principale all'interno Stato" debba intendersi più correttamente come "luogo ove si sia perpetuata la carenza organizzativa" dando, pertanto, preminenza alla giurisdizione ove il dovere di diligenza e controllo sia risultato in seguito deficitario^[7].

Ancora, un'ipotetica inclusione all'interno dei destinatari delle organizzazioni plurisoggettive estere che, anche in maniera occasionale, svolgono la propria attività in Italia, nonché l'eventuale necessità della redazione un Modello Organizzativo idoneo a prevenire le fattispecie di reato, ben potrebbe portare le stesse, attraverso un'analisi

costi-benefici, ad evitare di compiere operazioni di consistente rilevanza economica all'interno del nostro mercato.

L'inapplicabilità dei parametri normativi, inoltre, verrebbe ulteriormente supportata qualora fornissimo un'interpretazione estensiva dell'art. 49 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) il quale vieterebbe l'emanazione e l'applicazione di norme nazionali discriminatorie^[8], che prevedano a carico delle organizzazioni plurisoggettive condizioni più sfavorevoli di accesso alle attività autonome nonché il loro relativo esercizio^[9].

Di conseguenza, quindi, si verrebbe a determinare un trattamento discriminatorio tra le società italiane rispetto a quelle straniere, costringendo queste ultime all'adozione e all'applicazione "forzata" di un Modello Organizzativo di Gestione e Controllo adeguato all'attività svolta per evitare di incorrere in qualche sanzione.

Al fine di trovare un temperamento alla non completa applicazione della normativa di riferimento, si potrebbe riconoscere alle c.d. compliance programs la stessa efficacia preventiva dei Modelli Organizzativi.

Si è notato, infatti, come un'organizzazione plurisoggettiva operante in più Paesi non può non avere, già di per sé, dei sistemi di gestione, di controllo e monitoraggio del rischio (c.d. compliance programs), finalizzati ad evitare che la propria attività imprenditoriale possa sfociare nella commissione di un illecito.

Quindi, si potrebbe paventare un'esclusione della responsabilità penale qualora, anche a fronte di un unico investimento, provi che le proprie compliance programs, siano risultate idonee, secondo la normativa italiana, ad impedire la perpetrazione dei reati e che il comportamento riprovevole sia avvenuto aggirando fraudolentemente le normative interne poste a presidio della corretta attività imprenditoriale.

4. Conclusioni

Nonostante tali considerazioni si pongano su giustificate ed argute argomentazioni, di certo – ad avviso di chi scrive - non si possono accettare forme di esenzione da responsabilità penale verso le società estere in virtù di una mera logica del profitto, a prescindere o meno se esse operino occasionalmente in Italia o abbiano posto in essere un'unica operazione di investimento.

I principi di certezza del diritto ci obbligano a ragionare diversamente ed in modo critico.

I presupposti cardini posti a fondamento dell'impostazione contraria alla piena operatività della normativa di settore, ovvero l'omessa o carente vigilanza verificatasi all'estero da parte dei soggetti apicali o sottoposti e la relativa esclusione della giurisdizione penale si mostrano del tutto in contrasto sia in relazione al principio del locus commissi delicti ex art. 6 c.p. (il quale prevede la giurisdizione in capo al giudice penale anche se una sola frazione o parte della condotta criminosa è stata svolta in Italia) che con gli artt. 1 co. 2 e 36 del D.lgs. n. 231/2001.

Il Legislatore delegato, con l'introduzione nel 2001 di una responsabilità polimorfa (sia amministrativa che penale), ha previsto non solo che la relativa competenza sia in capo al giudice penale, ma anche che le modalità di accertamento dell'illecito seguano le disposizioni del Codice di procedura penale.

Pertanto, il criterio che radica la competenza a decidere sulla responsabilità è quello del luogo del commesso reato-presupposto, non quello della sede dell'ente o del luogo dove il controllo è stato carente.

Infine, l'art. 1, co. 2, del D.lgs. n. 231/2001 nel prevedere i destinatari della disciplina adotta una formula ampia, ricomprendendo al suo interno anche le associazioni prive di personalità giuridica, ovvero anche quelle organizzazioni plurisoggettive aventi la propria sede all'estero.

Se così non fosse si creerebbe un grave vulnus del principio di eguaglianza, consentendo alle organizzazioni plurisoggettive estere di operare indistintamente ed indiscriminatamente all'interno di tutto il territorio nazionale.

A ben vedere infatti, l'esigenza di ripartire, di certo in maniera più veloce e sicura possibile, non può offuscare anni di stratificazioni legislative poste a tutela non soltanto del singolo, ma di tutta la collettività.

La possibilità di creare "corsie privilegiate" per le società con sedi all'estero, anche se si tratti di operazioni aventi ad oggetto un unico investimento, può portare a risultati che minano non solo il principio di legalità e relativi suoi corollari, ma anche i più basilari principi economico-sociali; il D.lgs. n. 231/2001, infatti, prevede sanzioni anche nei confronti delle ipotesi delittuose quali: l'abuso di mercato, delitti in materia di violazione del diritto autore, reati societari, delitti contro l'industria e il commercio, etc., insomma, fattispecie poste prima di tutto a tutela della concorrenza e dell'economia statale.

Un investimento, seppur cospicuo, ma allo stesso tempo incontrollato ed integrante una delle ipotesi summenzionate, produrrà, di certo, all'interno del tessuto economico-sociale e giuridico dello Stato, più danni che vantaggi a scapito dell'intera collettività.

Ciò posto, altrettanto criticamente deve essere affrontata quella considerazione che paventa di equiparare l'efficacia preventiva dei c.d. compliance programs, a quella dei Modelli Organizzativi di Gestione e Controllo^[10].

Premesso che le percezioni attinenti alla riprovevolezza e alla dannosità di un determinato comportamento variano da Stato a Stato, a seconda della sensibilità dei singoli ordinamenti e di come quella condotta venga percepita all'interno del tessuto sociale (ad es. il reato di corruzione per l'esercizio della funzione, da noi disciplinato dall'art. 318 c.p., prevede la reclusione da tre ad otto anni, diversamente, tale reato viene percepito dall'ordinamento penale cinese come meritevole della massima pena, ovvero quella capitale).

Non sarebbe, quindi, errato supporre che i sistemi di compliance programs, soprattutto in caso di multinazionali operanti anche al di fuori dell'Unione Europea, possano in realtà riflettere, a seconda del Paese di origine, sistemi di prevenzione del rischio basati su strutture, fattispecie e sanzioni che difficilmente saranno in grado di convivere con ordinamenti, come ad esempio quello italiano, basati su principi ed esperienze giuridiche estremamente differenti se non addirittura opposte.

Pertanto, la prospettata sovrapposibilità tra i sistemi di prevenzione previsti dai compliance programs e i Modelli Organizzativi di Gestione e Controllo è, e sarà, un'opzione di difficile attuazione dovendosi, casomai, in caso di unico investimento o di un'attività non prevalente all'interno del territorio italiano, propendere per la redazione e l'attuazione di Modelli Organizzativi "settorializzati".

Infatti, un buon modello organizzativo, per esplicare tutta la sua forza preventiva, deve essere in primis commisurato all'attività imprenditoriale della singola organizzazione plurisoggettiva.

Ciò nonostante, si potrebbe ipotizzare, in un'ottica di coerenza e di coesione con le susesposte considerazioni sia dottrinali che giurisprudenziali, la realizzazione di Modelli Organizzativi di Gestione e Controllo circoscritti ad un solo istituto o alla sola attività secondaria che la società estera esplica all'interno del territorio nazionale.

Così facendo non solo il costo di redazione a carico dell'ente sarà di certo estremamente

più contenuto, ma si assicurerebbe anche un'effettiva ed efficace tutela dell'attività.

Tali osservazioni, infine, sono state in parte accolte dalla stessa Corte di Cassazione la quale, in una recentissima sentenza^[11], nel ripercorrere i punti a favore del pieno riconoscimento della responsabilità ex D.lgs. n. 231/2001 delle organizzazioni plurisoggettive straniere, ha affermato che, in relazione ai Modelli Organizzativi di Gestione e Controllo, la mancanza di una disciplina apposita ex art. 6 del D.lgs. all'interno del Paese in cui l'organizzazione plurisoggettiva ha la propria sede legale o il proprio centro decisionale, non è condizione sufficiente affinché si possa propendere per l'inapplicabilità della normativa di settore, pena un'indebita alterazione della libera concorrenza rispetto agli enti nazionali.

Vendendosi a rimarcare, di conseguenza, che l'adozione di adeguati Modelli Organizzativi di Gestione, al massimo "settorializzati" ad unico investimento qualora si tratti di organizzazioni straniere, risulta essere la prima e vera forma di tutela economica che le singole società possono apporre affinché i propri soggetti, apicali o preposti, non integrino una delle fattispecie di reato previste dal D.lgs. n. 231/2001.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Ai sensi dell'art. 5 l'ente è responsabile ove uno reato fra quelli previsti dalla Sezione III del Decreto venga compiuto da soggetti apicali (es.: soggetti con funzione di rappresentanza, di amministrazione, etc.) ovvero da soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza dei soggetti previamente indicati.

[2] ANGELINI, sub. Art. 4, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Bernasconi, Presutti e Fiorio, Padova, 2008, 93; DRAETTA, *Prime sanzioni interdittive in Italia a carico di persone giuridiche per corruzione di pubblici ufficiali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 243; IANNINI-ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Roma, 2005, 30; STORELLI, *L'illecito amministrativo da reato degli enti nell'esperienza giurisprudenziale*, Torino, 2005, 150.

[3] Corte di Cassazione n. 11626/2020.

[4] MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011,4, 442.

[5] GEMELLI, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: compatibilità ed incompatibilità*, in *Rivista 231*, 2012, 4, 14 ss.

[6] DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 39.

[7] Seguendo tale opzione, pertanto, l'illecito "231", seppur a fronte della mera realizzazione in Italia del reato-presupposto, non potrebbe dirsi commesso sul territorio nazionale: in tal senso, AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 4, 1294, per cui «se l'illecito amministrativo si integra nella inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, ne risulta come conseguenza che la condotta contra ius societatis si è radicata fuori dal territorio ed è quindi sottratta alla giurisdizione della nostra autorità».

[8] ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 564.

[9] SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, Giuffrè, 2008, 123.

[10] F. ANTOLISEI, in *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, 13 ed., Milano, 2007, pag. 854 afferma, infatti, che i compliance programs si differenziano drasticamente con i Modelli Organizzativi di gestione e controllo in quanto la loro natura non è quella di far sì che la società risulti esente da responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001, ma che il trattamento sanzionatorio apprestato dall'ordinamento sia solo più tenue.

[11] Corte di Cassazione n. 11626/2020

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5814>