

Le ragioni della scarsa applicazione giurisprudenziale.

di *Enrico Infante*

RELAZIONE AL CONVEGNO “LA GESTIONE DEL RISCHIO COME OPPORTUNITÀ DI CRESCITA AZIENDALE. D. LGS. 231/2001 E LA NUOVA ISO 37001” (FOGGIA, 24 MARZO 2017).

Il compito che mi è stato affidato è quello di analizzare la tematica del d. lgs.231 del 2001 da una prospettiva particolare, quella della *trincea della prassi*.

Infatti, mi par di cogliere la *ratio* seguita dagli organizzatori nel prevedere l'intervento di un magistrato requirente nel tentativo di fornire una risposta all'interrogativo avanzato pocanzi da altri partecipanti a quest'incontro e che mi sentirei così di riassumere: perché, a oltre tre lustri dall'entrata in vigore del d. lgs.231 dl 2001, la responsabilità delle persone giuridiche si predica ma non si pratica (più di tanto)? Vi è l'impressione che l'incidenza di tale testo normativo nella prassi sia stata molto inferiore rispetto alle aspettative.

Una prima ragione può verosimilmente ravvisarsi nell'*ignoranza degli operatori del settore*. Sperando di non scadere nell'aneddotica, ma di arricchire la riflessione con il contributo dell'esperienza di chi è chiamata a dare concreta attuazione alle previsioni normative, mi si permetta di illustrare quanto esperii cinque o sei anni or sono, ovvero sia trascorsi due lustri dall'introduzione della 231/2002.

Un processo a me assegnato, che avevo seguito a dibattimento e che era terminato in primo grado con la condanna di alcune società per truffa ai danni di ente pubblico, era giunto in appello allorché lessi sui quotidiani che era terminato con una prescrizione per tutti gli illeciti contestati, della qual cosa mi ero stupito assai giacché ricordavo bene che l'illecito della persona giuridica ex d. lgs.231 del 2001 funziona come un illecito civile per quanto attiene al regime della prescrizione. Invero, quando si esercita l'azione, al pari di quanto accade in una controversia civile, il processo non si prescrive più. Tanto ai sensi dell'art.2 comma 4 del d.lgs.231 del 2001, a norma del quale “*Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio*”. Stando così le cose, mi chiedevo come fosse stato possibile per la Corte d'Appello di Bari dichiarare prescritto non solo il reato della persona fisica ma anche l'illecito della persona giuridica. Mi permisi di contattare il Sost. Proc. Gen. presso la Corte di Appello suggerendogli di ricorrere avverso la sentenza della Corte di Appello, e ciò per l'evidente castroneria perpetrata in punto di prescrizione. Il collega della Procura generale lesse la sentenza e mi richiamò,

chiedendomi, con un tono un po' perplesso, dove fosse, nella decisione, il clamoroso errore che credevo di avervi ravvisato. Ciò significava che, almeno per un certo periodo, presso la Corte di Appello di questo territorio, era ignoto che il sistema dell'illecito della persona giuridica fosse imprescrittibile una volta instaurato il processo. Ciò per lo meno per i tre componenti di un collegio giudicante e per un magistrato requirente.

Pertanto, una prima ragione della scarsa applicazione del d. lgs. 231 del 2001 è l'ignoranza degli operatori del settore. E tanto, mi pare di poter dire, non è limitato a chi trascorre le sue giornate nelle aule giudiziarie. Pensiamo ai tanti operatori delle agenzie repressive e in primo luogo a chi esercita la sua attività nei servizi delle ASL addetti alla vigilanza sugli obblighi di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro. Nella mia esperienza registro che i relativi addetti non sono più di tanto ferrati e formati sul sistema della 231/2001. Pertanto scarso è l'approfondiscono sui relativi aspetti.

Veniamo ora a ragioni più strutturali che diano conto della scarsa applicazione del sistema normativo in considerazione. Vi è una buona notizia per gli imprenditori (gli organizzatori del presente incontro): la giurisprudenza della Corte di Cassazione, fatta eccezione per la questione dei *compliance programs*, su cui è molto rigorosa, per il resto è estremamente *liberal*. Nel graduare il pendolo repressivo tra una sensibilità *pro-business* e una *pro-vittima*, mi pare di ravvisare un atteggiamento sostanzialmente *business oriented*. La Cassazione, in tante questioni, si è rivelata assai attenta alle ragioni di certezza del diritto e di libertà di impresa.

Adduco alcuni esempi su questioni nodali del sistema 231/2001.

In primis vi è una lettura del principio di legalità invero nominalistica, che in nulla valorizza il dato strutturale e che si preoccupa esclusivamente del *nomen iuris*. Questo è quanto accaduto per il reato di cui all'art. 2624 c.c., cioè il falso alla società di revisione. Detta incriminazione era contenuta nell'elenco dei reati-presupposto che fanno scattare, ricorrendone le ulteriori condizioni, la responsabilità ex d. lgs. 231 del 2001. Nel 2010 il legislatore modifica questo reato, in realtà solo allocandolo diversamente. Esso viene infatti traslato dal codice civile ad una legislazione di settore, l'art. 27 d.lgs. n. 39 del 2010. Nei suoi requisiti costitutivi il delitto rimane però sostanzialmente il medesimo: identici i soggetti attivi, la condotta, la pena. Il mutamento è solo nominalistico-topografico. La Corte di Cassazione ha però ritenuto che non vi sia più la responsabilità delle persone giuridiche perché l'elenco della 231/2002 faceva riferimento al 2624 ma non alla "nuova" incriminazione (Cass. pen., Sez. Un., 23.6.2011, dep. 22.9.2011, n. 34476, Pres. Lupo, Rel. Sandrelli, ric. Deloitte&Touche.p.a.). Conseguenza invero singolare atteso che per la persona in carne ed ossa non si deve registrare alcuna soluzione di continuità. La persona fisica imputata del vecchio 2624 c.c. non deve ritenersi beneficiaria di una *abolitio criminis* giacché gli elementi costitutivi del vecchio e nuovo reato sono rimasti i medesimi, mutando solo etichetta. Per la persona giuridica, invece, si è preferito percorrere un'altra via.

Medesima sensibilità *business oriented* si registra in tema di confisca. Qui la sentenza che fa veramente da spartiacque è la Cass. Sez. Un., 27 marzo 2008 - dep. 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.a., in CED 239924. Quale era la questione ivi affrontata? Una società aveva ottenuto un grande appalto da un ente pubblico *truccando le carte*. Pertanto il contratto era stato conseguito fraudolentemente. C'era un profitto ingiusto da confiscare e prima ancora da sequestrare. Ma come tracciare il perimetro di tale locupletazione *contra jus*?

Per un comune negozio illecito, si pensi alla compravendita di droga, si va a confiscare-sequestrare tutto il provento del reato. Non è che lo spacciatore può difendersi sostenendo che non gli deve essere sequestrato tutto ciò che gli ha pagato l'assuntore di stupefacenti poiché bisogna detrarre le spese sostenute per il rifornimento della merce dal grossista, quelle di trasporto *et similia*. Nessuno presterebbe ascolto a tale ipotetica linea difensiva.

Orbene, nel caso Fisia Italimpianti, la difesa sosteneva un che di simile: "bisogna detrarre i costi di impresa". In tal caso la Corte di Cassazione ha adottato una linea intermedia tra quella seguita nel caso dei comuni negozi illeciti (lo spacciatore cui viene sequestrato tutto il ricavato della vendita) e quella della difesa della Fisia Italimpianti. Il giudice di legittimità non ha seguito né la *teoria del profitto lordo*, quella che reputa confiscabile tutto il ricavato, né la *teoria del profitto netto*, quella per cui dal ricavato bisogna detrarre il costo di impresa. La Corte di Cassazione ha invece sostenuto che l'attività svolta dalla Fisia Italimpianti non era accomunabile all'attività dello spacciatore, la quale è integralmente illecita. Quella dell'ente truffaldino era invece un'attività *mista*, parte lecita e parte illecita. Quale ne era la componente conforme al diritto? Quella relativa al fatto che la Fisia Italimpianti comunque aveva erogato un servizio a favore dell'ente pubblico. Orbene: per quel servizio la remunerazione era adeguata e pertanto non costituiva un ingiusto profitto confiscabile.

A questo punto consentitemi un'osservazione: qual è il giusto profitto, la giusta remunerazione? Per definizione, in un'economia libera di mercato, giusto è il prezzo che l'acquirente paga. La remunerazione adeguata per un appartamento sarà di 300 mila euro o di 600 mila euro a seconda di quanto il soggetto interessato all'acquisto è disposto a pagare.

Orbene, ammettendo (con la Cassazione) che non bisognava confiscare la parte del profitto lecito poiché corrispettivo del servizio erogato all'ente pubblico, è stato agevole formulare, da parte della difesa della Fisia Italimpianti, la seguente osservazione: "la giusta remunerazione è quella pagata dall'ente pubblico; sarà pur stato frodato quando ha dovuto scegliere una controparte anziché un'altra poiché ingannato, però poi per il servizio prestato la remunerazione è stata giusta poiché era quella contrattualmente prevista".

A tale argomento difensivo i più scafati potranno certo replicare che, nominando un perito merceologico che analizzi il mercato di riferimento (un lavoro immane), si potrà determinare quale l'adeguata remunerazione per il tipo di servizio reso. Ma appunto: occorrerà una perizia merceologica! Breve, per aversi sequestri ex

231/2001 in caso di truffa ai danni di ente pubblico oggi P.M. e Giudice devono disporre perizie merceologiche, volte ad acclarare la differenza di tra prezzo di mercato adeguato e quello fraudolentemente conseguito. Ma tanto è possibile per ogni banale truffa ai danni di ente pubblico? Nell'isola di Utopia forse sì, nel mondo reale (dove gli uffici giudiziari sono oberati) no.

Risultato: alle truffe ai danni di un ente pubblico, tranne che nei casi clamorosi e facili, non si accompagnano sequestri e confische. Laddove vi sia una commistione fra segmenti leciti ed illeciti dell'agire imprenditoriale è ben difficile avere sequestri.

Ancora, e sempre in tema di giurisprudenza *pro business*, il risparmio di spesa non è reputato profitto ingiusto (Cass., sez. VI pen., 20 dicembre 2013, dep. 21 gennaio 2014, n. 3635, Pres. Agrò, Rel. De Amicis). Eppure il suo perseguimento è uno dei principali moventi dell'agire imprenditoriale illecito. Pensiamo ai reati ambientali o anche all'omicidio colposo del lavoratore.

Perché il datore di lavoro non adotta cautele sui luoghi di lavoro? Evidentemente per risparmiare spese. Oppure, perché non si conferiscono rifiuti pericolosi al soggetto abilitato a smaltirli? Anche qui per un risparmio dei costi, atteso che gestire un rifiuto non pericoloso presenta un costo inferiore rispetto a quello pericoloso.

In questi settori è evidente che il movente economico, il primo motore dell'attività di impresa se è delinquenziale, è il risparmio di spesa. Eppure per la Cassazione il profitto ingiusto confiscabile non è il risparmio di spesa ma soltanto ciò che si consegue ulteriormente rispetto alla precedente situazione patrimoniale. E, badate bene, qui non vi è alcuna decisione *a rime obbligate*: il termine profitto è così polisemico che avrebbe ben consentito una soluzione opposta, inclusiva pure della mancata decurtazione economica. Qui si deve allora registrare una sensibilità politico-criminale che si è declinata in termini garantisti, *pro-business*, per l'appunto, e non già *pro-vittima*.

Detta sensibilità traspare pure in alcune decisioni sulla confiscabilità dei crediti. È profitto ingiusto un credito conseguito con uno dei reati di cui alla 231/2001? Una parte della giurisprudenza di legittimità risponde negativamente: affinché vi sia profitto vi deve essere qualcosa di reale; il credito non è ancora un bene tangibile. Ma, ad una platea di imprenditori, chiedo: “un credito voi lo inserite nel bilancio tra le poste attive se è certo, liquido ed esigibile? Certo, forse non lo prezzerete al cento per cento, perché nella vita non si può mai sapere, ma lo valuterete, nel caso di buon debitore, al 90, 80, 70% del valore”.

Avviandomi verso la chiusura, abbandono adesso le ragioni di carattere generale che spiegano la scarsa applicazione giurisprudenziale del sistema 231/2001 e vengo a quelle particolari, specifiche del nostro territorio, che è caratterizzato da una drammatica emergenza criminalità.

Qual è il tempo, la possibilità, l'energia, le risorse che in questa terra, nella Capitanata, il magistrato inquirente può dedicare non a redigere un capo di

imputazione (lì non ci vuole granché e prima o poi vedrete le persone giuridiche rinviate a giudizio), ma ad appontare una richiesta cautelare?

Nella vostra esperienza, quante richieste di misure cautelari avete visto eseguite per furti in appartamento? Poche, pochissime. Eppure quella dei furti in appartamento è una delle piaghe che attanaglia la nostra terra. E perché allora così poche misure cautelari? Forse perché noi magistrati requirenti siamo lavativi o insensibili al tema? No, non è così: io sono nato e vissuto sempre a Foggia, ma pure i miei colleghi allogeni vivono qui, e sperimentiamo tutti i rischi ubiquo di subire un furto in appartamento. La verità è che non si ha il tempo per scrivere richieste cautelari in tale materia: siamo pressati da istanze per misure inerenti rapine, estorsioni, omicidi, droga. Il tempo e le energie sono scarse. Troppo scarsi per redigere richieste per certi reati comparativamente meno gravi. E tanto vale pure per il sistema della 231/2001. E allora non si dedicano tempo ed energie ad una richiesta di misura interdittiva o cautelare reale nei confronti di una persona giuridica in presenza di una giurisprudenza di legittimità così *business oriented*. Dopo un po' di tempo il corpo sociale "mangia la foglia", metabolizza il suggerimento che viene dagli organi apicali e fa i conti con le risorse che ci sono.