

LA MAPPATURA DEL RISCHIO DA REATO NEL COMMISSARIAMENTO E NELL'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA TRA ATTUALITÀ E PROSPETTIVE

di Siro De Flammeneis

Abstract. *La mappatura delle aree di rischio da reato e l'adozione/attuazione dei modelli organizzativi sono attività previste nell'ambito del commissariamento disposto ai sensi della disciplina della responsabilità da reato degli enti e della nuova normativa anticorruzione: tali attività tuttavia potrebbero rivelarsi utili anche nelle altre ipotesi di amministrazione giudiziaria di aziende sottoposte a sequestro penale o di prevenzione.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il potere di adozione ed attuazione dei modelli organizzativi per la prevenzione dei reati nelle ipotesi di amministrazione giudiziaria tra sanzione e procedura. – 3. Il commissario giudiziale, i compiti del commissario, il contenimento e la valutazione del rischio d'impresa. – 4. L'adozione dei modelli organizzativi nelle altre forme di amministrazione o controllo giudiziario.

1. Premessa

La procedimentalizzazione di alcune forme di “sanzione” nel sistema penal-amministrativo è una realtà ormai acquisita e definita in numerose discipline; si fa riferimento, in particolare, alla sanzione del commissariamento giudiziale di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 231 del 2011, e, più in generale, al tema dell'amministrazione giudiziaria nei casi di sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., nella disciplina delle misure di prevenzione di cui all'art. 34 e seguenti del d.lgs. n. 159/2011, nell'ipotesi di commissariamento nella disciplina “anticorruzione” di cui all'art. 32 d.l. 90/14 convertito nella legge n. 114/14 ed anche, come si vedrà in seguito, in prospettiva *de jure condendo*.

Dall'analisi sistematica di queste discipline si ricava la scelta legislativa precisa di individuare in forme alternative alla tipica sanzione penale, più vicine ad una sanzione amministrativa, la via per correggere l'eventuale percorso criminoso intrapreso da un ente¹. Ci si allontana in questi casi, quindi, dall'idea tradizionale di sanzione, muovendosi piuttosto verso una, il più possibile puntuale, definizione di procedure amministrative al fine di salvaguardare l'ente coinvolto in vicende criminali (o di

¹ Per un approfondimento sul tema e sui rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa si veda: Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19.12.1983 che espone i “*criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*”, in G.U. n. 22 del 23.1.1984, suppl. ord.; in dottrina PALIERO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1992; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1995; PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. Pen.*, 1992; VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2002, 10 e ss. Sulla frammentarietà del diritto penale MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Maurach*, 1972.

prevenzione), di verificare le possibilità di reinserimento dello stesso ente nei binari dell'attività lecita e, di conseguenza, di riassetare l'economia del mercato coperto dallo stesso ente per la tutela dei relativi interessi collettivi².

La finalità o tendenza costituzionale della sanzione (penale) alla riabilitazione piuttosto che alla retribuzione risulta sicuramente molto vicina all'idea del percorso amministrativo disciplinata nelle normative richiamate; lo Stato, attraverso gli amministratori o commissari giudiziali si fa carico dell'esigenza e della necessità di riabilitare l'attività imprenditoriale colpita da fatti di rilievo penale nel sistema economico pulito, accompagna l'impresa in questo percorso ed in qualche modo anche scommette nella possibilità effettiva di recupero. Dunque, il fine rieducativo sancito dall'art. 27 Cost. può essere soddisfatto anche attraverso la previsione di forme di sanzioni non tipicamente penali, ovvero amministrative, che si caratterizzano per la procedimentalità e non immediatezza della loro esecuzione; invero, mentre per la figura del commissario giudiziale ex art. 15 del d.lgs. n. 231 può riconoscersi la natura di sanzione *tout court* (anche se con effetti legati ad una specifica procedura), negli altri casi indicati di amministrazione giudiziaria si tratterebbe piuttosto di provvedimenti incisivi nella vita dell'ente in chiave cautelare ovvero temporanea in attesa della definizione dei procedimenti, penali o di prevenzione, in corso³.

La finalità costituzionale riabilitativa si sposa altresì perfettamente con lo strumento dei modelli organizzativi delle imprese che segnano la mappatura delle aree di rischio da reato cui le stesse imprese possono incappare. Questo strumento di trasparenza e di gestione interna dell'attività d'impresa è attualmente disciplinato e previsto solo dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 e nell'ambito della descrizione dei compiti del commissario giudiziale nominato ex art. 15 della stessa normativa; quest'ultima norma prevede infatti, al comma terzo, che il commissario curi l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. All'art. 79 dello stesso decreto legislativo è previsto altresì che il commissario debba, al termine dell'incarico, trasmettere al giudice dell'esecuzione una relazione che contenga, tra l'altro, l'indicazione sulle modalità con le quali sono stati attuati i modelli organizzativi.

Le discipline che riguardano le altre ipotesi di amministrazione giudiziaria sinteticamente elencate in precedenza non contengono invece previsioni simili a quelle del commissario giudiziale ex d.lgs. n. 231/2001; non sono previsti, cioè, espressamente poteri dell'amministratore giudiziario di adozione ed attuazione di modelli di organizzazione per la prevenzione del rischio da reato delle imprese amministrate.

Questa assenza può dipendere da una precisa scelta legislativa di non attribuire agli amministratori giudiziali diversi dal commissario ex d.lgs. n. 231 il potere di

² Su questo tema, per un approfondimento, si veda VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, fasc. 2, 2014, 705 ss.; RUSSO, ["Grandi eventi": strategie di intervento punitivo](#), in questa Rivista, 29 aprile 2015.

³ Cfr. CORAPI, *La nomina del commissario giudiziale*, in *Cass. pen.*, suppl. n.6, 2003, 138 ss.; invece, per un approfondimento, da ultimo, sul tema della confisca di prevenzione quale sanzione si veda Cass., SS.UU., sent. n. 4880 del 26.6.2014 (dep. 2.2.2015).

adozione e attuazione di modelli organizzativi, ovvero da una lacuna *legis* colmabile attraverso un'interpretazione sistematica e analogica della disciplina attualmente in vigore. In quest'ultimo caso occorrerebbe verificare, quindi, se possa ricomprendersi nell'ambito dei poteri degli amministratori giudiziari attualmente attribuiti dalla legge anche quello, quantomeno, della mappatura delle aree di rischio da reato delle imprese che sono stati chiamati ad amministrare, ovvero anche della messa in opera effettiva di prassi gestionali volte a prevenire la commissione dei reati maggiormente a rischio di consumazione.

Offre lo spunto per questa riflessione il c.d. "decalogo" messo a punto congiuntamente dal Ministero dell'economia e dall'Autorità nazionale "anticorruzione" per le società partecipate dallo Stato: in questo documento è contenuta la direttiva per gli organi amministrativi di queste società di formare una mappatura dei rischi da commissione dei reati, in particolare quelli contro la pubblica amministrazione⁴; anche l'analisi *de jure condito* delle recenti novità legislative in materia di controllo giudiziario e *de jure condendo* della prospettiva di introduzione dell'art. 34bis nel c.d. "codice antimafia" (vds. *infra*), segnala l'importanza del tema.

2. Il potere di adozione ed attuazione dei modelli organizzativi per la prevenzione dei reati nelle ipotesi di amministrazione giudiziaria tra sanzione e procedura

In effetti, le discipline soprarichiamate relative ai poteri degli amministratori giudiziari non sono, come si vedrà meglio nel prosieguo, particolarmente dettagliate in ordine agli specifici compiti degli stessi di ordinaria o straordinaria amministrazione; laddove il legislatore ha inteso disciplinare un particolare aspetto di questa gestione lo ha fatto espressamente nelle stesse normative mentre, per la generica disciplina dei poteri di amministrazione, queste ultime norme devono senz'altro interpretarsi ed applicarsi congiuntamente alle norme di dettaglio, soprattutto del codice civile.

Nel procedimento di prevenzione, artt. 33 e ss. d.lgs. n. 159 del 2011, è previsto che l'amministratore nominato provveda alla custodia, conservazione e amministrazione dei beni sequestrati e riferisca mensilmente al Giudice delegato, sulla consistenza dei beni rinvenuti, sull'andamento dell'amministrazione e su quant'altro utile al fine di individuare eventuali altri beni che potrebbero formare oggetto di sequestro⁵. L'art. 36 della suddetta normativa contiene l'elencazione sintetica del contenuto della relazione particolareggiata dei beni sequestrati ed alla lettera e) si

⁴ Si tratta delle ["Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici."](#), nell'ambito delle quali si legge che: "E' anche compito delle amministrazioni che a vario titolo vi partecipano, promuovere, da parte di questi soggetti, l'adozione di modelli come quello previsto nel d.lgs. n. 231 del 2001, laddove ciò sia compatibile con la dimensione organizzativa degli stessi."

⁵ Per un approfondimento, CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Milano, 1998, 178 ss.

specifica che nella relazione devono essere anche indicate *le forme di gestione più idonee e redditizie dei beni*; non si fa esplicito riferimento ai modelli organizzativi per la prevenzione dei reati in questa norma né nell'art. 37 dello stesso decreto, rubricato *"compiti dell'amministratore giudiziario"* dove si fa un preciso riferimento alle scritture contabili, alla documentazione contabile ed alle somme di denaro che l'amministratore è chiamato a gestire.

L'attività dell'amministratore giudiziario di imprese sequestrate, nominato *ex art. 321 c.p.p.*, viene svolta ai sensi dell'art. 92 delle norme di att. c.c. ed entro i limiti dei poteri di gestione ordinaria, ed è sottoposta al controllo del Giudice penale competente che autorizza il compimento degli atti di straordinaria amministrazione ed al quale, al termine del procedimento cautelare reale, l'amministratore giudiziario dovrà rendere il conto della sua gestione ai sensi del successivo art. 94. Nel codice di procedura penale, l'unico riferimento all'amministrazione giudiziaria è contenuto nell'articolo art. 104-bis disp. att. c.p.p. (Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo), il quale prevede che: *"nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario scelto nell'Albo di cui all'articolo 2-sexies, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente."* L'amministratore giudiziario viene chiamato, quindi, a proseguire la gestione già spettante agli amministratori (revocati), con l'effetto che non si verifica alcuna soluzione di continuità nell'amministrazione della società; la sua entrata in carica non determina mutamento, né risoluzione dei contratti e dei rapporti in corso di svolgimento, l'esecuzione dei quali deve pertanto proseguire e deve anche eseguire le precedenti deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, a meno che, ove possibile, intenda proporre le impugnazioni previste.

In caso di sequestro finalizzato alla confisca *ex art. 12-sexies* del d.l. 8 giugno 1992 n. 306, la disciplina fa espresso rinvio al procedimento di prevenzione⁶.

Si può, quindi, affermare che all'ufficio dell'amministrazione giudiziaria di società sequestrate per la confisca ai sensi dell'art. 321 c.p.p. o ai sensi di un procedimento di prevenzione passano tutti i compiti ordinari di amministrazione della

⁶ L'art. 12-sexies d.l.8 giugno 1992 n. 306 (convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992 n. 356 e successive modificazioni), comma 4-bis, prevede che: *"Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi da 1 a 4 del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca dei beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis, del codice di procedura penale [...]. Le medesime disposizioni si applicano, in quanto compatibili, anche ai casi di sequestro e confisca di cui ai commi da 1 a 4 del presente articolo per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale"*.

società, sotto il controllo dell’Autorità giudiziaria a cui egli deve riferire e relazionare oltre che rendere il conto della sua gestione.

Manca, in tutti questi casi, la previsione espressa del potere dell’amministratore nominato di mappare le aree di rischio da reato ed adottare per poi attuare i modelli organizzativi per la prevenzione di tali rischi. Può ritenersi, pertanto, che la mancata previsione di questo potere sia frutto di una deliberata scelta del legislatore che, dove ha inteso disciplinare e prevedere uno specifico compito per tale figura lo ha introdotto nell’ambito delle stesse norme, anche in discipline successive al d.lgs. n. 231 del 2001.

Quindi, se ne deve dedurre che la scelta legislativa sia stata quella di imporre questo compito specifico laddove la nomina dell’amministratore (commissario) giudiziario rivesta la qualità precipua di sanzione, nell’ipotesi di accertamento della consumazione di un reato riconducibile all’ente (il commissario, infatti, viene nominato in luogo dell’applicazione di una sanzione interdittiva, per un periodo pari alla durata della stessa pena interdittiva che sarebbe stata applicata); nelle altre ipotesi analizzate, invece, l’amministrazione giudiziaria non interviene quale sanzione ricollegabile ad una responsabilità accertata (salvo il caso di confisca definitiva dell’ente, che segue tuttavia una diversa disciplina) e, quindi, il legislatore qui non sancisce l’obbligo dell’amministratore di provvedere alla mappatura dei settori dell’ente più sensibili al rischio di commissione di reati ovvero all’adozione/attuazione dei modelli di organizzazione. Non si tratta, di conseguenza, di una *lacuna legis* colmabile attraverso lo strumento interpretativo; non si può considerare in via interpretativa sussistente l’obbligo in questione anche nelle ipotesi di amministrazione giudiziaria diverse dal commissariamento *ex d.lgs. n. 231*.

L’interpretazione sistematica delle norme richiamate potrebbe, tuttavia, consentire di individuare la possibilità di formulazione, nel provvedimento di nomina da parte del Giudice, di una direttiva in tal senso nei confronti degli amministratori giudiziari, privi dello specifico compito imperativo *ex lege*. Si potrebbe considerare, cioè, l’eventualità di inserimento nell’ambito delle formulazioni di nomina contenute nei provvedimenti giudiziari, che per lo più contengono solo il rinvio generico alle norme di riferimento, anche quella di valutare la necessità o opportunità di procedere alle mappature ovvero anche all’adozione/attuazione dei modelli di organizzazione e trasparenza da parte dell’*eligenda* amministrazione, compatibilmente con le dimensioni dell’ente e con le diverse esigenze gestionali del caso concreto. Ovvero, potrebbe essere lo stesso amministratore, nella relazione particolareggiata *ex art. 36 del d.lgs. n. 159/2011*, ad indicare al Giudice (lettera e), soprarichiamata, della stessa disposizione) quale forma di gestione idonea dei beni amministrati anche quella di predisposizione degli atti in esame, quando ciò sia compatibile con i costi e le spese di gestione ordinaria degli stessi beni (la cui valutazione spetta in prima battuta allo stesso amministratore).

3. Il commissario giudiziale, i compiti del commissario, il contenimento e la valutazione del rischio d'impresa

Per puntualizzare queste ultime conclusioni si devono affrontare ulteriori riflessioni, partendo proprio dall'analisi della figura del commissario giudiziale *ex d.lgs. n. 231*. Essendo quest'ultima figura la sola, allo stato, obbligata *ex lege* ad adottare tutti i provvedimenti legati alla prevenzione dei rischi da reato, è in relazione a questa ipotesi di gestione giudiziaria che si può analizzare il merito dell'opportunità di creazione di strumenti di trasparenza all'interno delle imprese in sequestro ed il rapporto tra questi strumenti e le scelte economiche che l'amministratore deve effettuare⁷. Con la previsione del commissario giudiziale il legislatore ha risposto all'esigenza di coniugare l'interesse pubblico alla punizione dell'ente con l'interesse altrettanto pubblicistico di tutela della collettività, specie sotto il profilo dell'economia e dell'occupazione. Non solo tutela dei creditori, quindi, la soluzione al bilanciamento tradisce, invero, anche una finalità curativa e terapeutica nei confronti dell'ente⁸ consentendo al contempo l'isolamento e la neutralizzazione delle fonti di rischio di commissione di reati attraverso l'opera del commissario nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale e la prosecuzione del servizio pubblico o di pubblica utilità.

Dunque, caratteristica peculiare della sanzione del commissariamento dell'ente – il cui contenuto risulta propriamente sanzionatorio⁹ – è che attraverso quest'ultima si

⁷ Sul tema, da ultimo, anche con riguardo ai vantaggi dello strumento del commissario giudiziale GABRIELE, [Caso ilva: il d.lgs. n. 231 del 2001, il problema occupazionale ed i poteri del giudice penale](#), in questa Rivista, 29 novembre 2013; vds. altresì DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi postfactum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito di dinamiche cautelari*, in *Cass. pen.*, 2004, 265.

⁸ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, nella collana *I Temi della modernità*, diretta da STELLA, anche in relazione all'analisi della *corporate probation* statunitense ed al sistema (*sous surveillance judiciaire*) francese. Si veda anche PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, 2010, 236 ss.

⁹ Che si tratti di un'autentica sanzione punitiva lo si desume, infatti, da due dati: innanzitutto dalla durata della misura che è equiparata a quella della sanzione che sostituisce; in secondo luogo dalla confiscabilità del profitto realizzato con l'attività del commissario, che quindi non diventa di per sé lecito ma viene comunque considerato conseguenza dell'attività illecita dell'ente. Sulla confiscabilità del profitto vedi da ultimo Cass., sez. 6, Sent. n. 53430 del 05.11.2014 (dep. 22.12.2014), in CED, Rv. 261841. Non l'intero provento dell'attività imprenditoriale portata avanti dal commissario può considerarsi tuttavia profitto di reato e, dunque, oggetto di confisca; invero, solo l'utile netto che il commissario produce dalla gestione dell'impresa potrà essere confiscato piuttosto che l'intero ricavo aziendale al lordo delle somme destinate alla copertura di spese e costi aziendali. Tale soluzione si allinea con l'interpretazione giurisprudenziale prevalente secondo cui, attesa la funzione propriamente sanzionatoria del commissariamento ed atteso il combinato disposto di cui agli artt. 15 e 79, co.2, del d.lgs., l'ente non deve essere messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione dell'attività; pertanto, l'utile netto prodotto deve considerarsi comunque effetto causale dell'illecito mentre le grandezze contabili residuali, non rappresentando benefici per l'ente, non vengono colpite dalla sanzione. Si veda per la giurisprudenza SSUU, sent. n. 26654 del 27.3.2008, in CED, Rv. 239924 e da ultimo Cass., sez. II, sent. n. 20506 del 16.4.2009, in CED rv. 243198; per la dottrina ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, III, Milano, 2134.

intende stabilire una gestione controllata del rischio-reato; una sanzione, dunque ad effetti continuati e non meramente di punizione immediata.

Il profilo della gestione del rischio si ripropone allora anche in questo momento della patologia dell'attività imprenditoriale e non solo nella fase eventualmente prepunitiva dell'adozione dei modelli organizzativi; tuttavia, la gestione del rischio nella fase patologica si denota per alcune peculiarità e problematiche che di seguito si indicano: occorre chiarire le modalità con cui si traduce in concreto il compito gestionale del commissario (ed eventualmente dell'amministratore), chiamato contemporaneamente a tutelare l'interesse punitivo general-preventivo e l'interesse individualistico dell'attività imprenditoriale.

Innanzitutto, il modello organizzativo da definire da parte del commissario non dovrebbe riguardare la prevenzione dalla sola specie di reato che è stato effettivamente consumato e da cui ha avuto origine il procedimento applicativo della sanzione, ma, in una visione di effettivo recupero e messa in opera dell'azienda per il divenire, il modello dovrebbe ricomprendere tutte le specie di reato il cui rischio di commissione è maggiormente legato all'attività dell'impresa stessa. E' evidente, tuttavia, che rispetto al reato già consumato il commissario giudiziale gode di un bagaglio conoscitivo maturato dall'esperienza che può far fruttare nel modello organizzativo da costruire e che, quindi, potrà rendere maggiormente efficaci le condotte preventive che verranno individuate. Nonostante l'esperienza sfruttabile dal commissario sia parziale, perché parametrata sulla sola tipologia di reato concretamente verificatosi, sulla base di tale conoscenza il commissario potrebbe essere in grado di mettere a punto modelli comportamentali con funzione di prevenzione di processi di consumazione che in molti casi sono comuni a diverse fattispecie di reato, anche offensivi di beni giuridici diversi. Dall'analisi di quanto accaduto con la realizzazione del reato, cioè, il commissario potrebbe isolare le deficienze organizzative che potenzialmente avrebbero potuto interessare processi e meccanismi in grado di sfociare nella consumazione di una svariata tipologia di illeciti, così da perfezionare le soluzioni preventive per più rischi-reato.

In ogni caso, il commissario giudiziale nella costruzione del modello organizzativo per l'ente in gestione risulta senz'altro avvantaggiato rispetto agli amministratori originari dell'impresa stessa; tale conclusione tuttavia non può essere data per scontata perché occorre tenere presente un altro aspetto rilevante in questa analisi, ovvero quale sia il tipo di rischio che il commissario è chiamato a prevenire. L'oggetto dello studio, cioè, deve essere approfondito, ed ampliato al concetto stesso di rischio che entra in gioco in questi casi, su cui ci si deve brevemente soffermare.

Il tema del rischio è ormai da tempo entrato a far parte nel dibattito penalistico; la disciplina del rischio è la disciplina del futuribile, ovvero dell'anticipazione e della monitorizzazione dei fattori della pericolosità sociale: il rischio è, infatti, definibile come un'area di pericolosità non conoscibile¹⁰. Il tema del rischio, cioè, si identifica con il tema

¹⁰ Sul concetto di rischio in generale, FOCAULT, *Il bel rischio. Conversazione con Claude Bonnefoy*, Napoli, 2013; nel diritto e nella scienza, IRTI, *Tecnica e diritto*, Roma-Bari, 2001; POPPER, *Logica della scoperta scientifica (Logik Der Forschung)*, Bologna, 1995; PAGANO, *Logica dei probabili o teoria delle prove*, Napoli, 1819, secondo cui il giudizio si fonda sul criterio del verosimile, cioè è fisiologico giudicare con un margine di incertezza

della prevenzione penale e dei limiti dell'anticipazione della soglia del punibile; il rischio infatti è una categoria tecnica positivizzata nel solo ambito delle contravvenzioni, dove il rischio è connaturale, e non nel diritto penale classico¹¹. La tutela del rischio, in effetti, determina un'ulteriore anticipazione rispetto alla tutela del pericolo incidendo sulle condotte per scongiurare che le stesse possano diventare in concreto pericolose; il pericolo, tuttavia, si lega a leggi causali sufficientemente definite, ad un sapere scientifico più definito sulla sufficiente probabilità di verificazione di un evento, diversamente il rischio si fonda su un sapere scientifico insufficiente, su serie storiche incomplete e sulla volatilità e lo scostamento dei risultati appresi, su giudizi di valore connessi ad una dimensione più soggettiva che oggettiva – l'elaborazione del concetto di rischio, infatti, è un'elaborazione originariamente sociologica –.

Il processo penale, che ha per oggetto percorsi di verità empirici ed ipotesi di giudizio alternative, sulla base delle prove esistenti, necessita di un sostegno scientifico solido e di serie storiche complete che il criterio del rischio non appare spesso in grado di garantire.

La normativa contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001 è un chiaro esempio di utilizzo della categoria del rischio per la punizione di condotte illecite; la scelta della categoria della responsabilità amministrativa per la punizione delle persone giuridiche, infatti, origina proprio dalla consapevolezza che la tutela del rischio è più confacente all'ambito degli illeciti amministrativi piuttosto che al diritto penale *tout court*.

Ci si deve chiedere a questo punto quale tipo di rischio è quello che si previene e si tutela con la misura del commissariamento dell'ente, ovvero se tale rischio sia lo stesso di quello scongiurabile con l'adozione di modelli organizzativi di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 o sia cosa diversa ed ulteriore. Il rischio prevenibile secondo legge attraverso la predisposizione dei modelli organizzativi è quello della prevenzione dai reati, cioè il rischio-reato; il commissario giudiziale, invece, è chiamato a gestire non solo il rischio di commissione futura di reati ma anche e contemporaneamente il rischio imprenditoriale tradizionale dell'*homo economicus*¹², che si incentra sul calcolo utilitaristico dei costi-benefici. L'idea punitiva, infatti, in questa ipotesi si fonde con l'esigenza di conduzione imprenditoriale efficiente dell'ente sanzionato e, quindi, ciò significa che il commissario, partendo dall'organizzazione reale ed attuale dell'impresa, è chiamato a rivedere e reimpostare i parametri di gestione sulla base non solo dell'esperienza acquisita sotto il profilo dell'illecito commesso ma anche sotto il profilo dell'agire imprenditoriale e del rischio economico.

Inoltre, il rischio-reato in questo caso assume una veste di maggiore conoscibilità atteso che l'intervento di commissario avviene *ex post* rispetto all'accertamento

probatoria trattandosi per lo più di inferenze induttive; nella sociologia BECK, *La società globale del rischio*, Trieste, 2001.

¹¹ Cfr. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.

¹² BENTHAM, [Introduzione ai principi della morale e della legislazione](#), 1823; sul tema LECALDANO, *J. Bentham e la riforma utilitaristica delle leggi*, Introduzione a BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino 1998; CARUSO, *Homo economicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, 2012.

dell'illecito; pertanto, assunti i dati nel giudizio ed individuate le aree ed i settori dell'impresa maggiormente aggredibili dal rischio di commissione di un reato, il commissario con ogni probabilità è in grado di organizzare con maggiore nitidezza l'attività, quantomeno nel senso di poter contenere tali ultime forme di rischio.

Deve sottolinearsi, tuttavia, che il bagaglio conoscitivo *postfactum* di cui gode il commissario non diventa pienamente sfruttabile nel nuovo corso di attività nella misura in cui occorre tener conto della fisiologica mutevolezza dei modelli di gestione d'impresa e della continua insorgenza di nuovi rischi sotto il profilo economico-imprenditoriale dall'agire in concreto, dovuta alle innovazioni tecnologiche; queste ultime portano sempre di più l'attuale società del rischio a caratterizzarsi per il duplice ed inquietante aspetto della bassissima frequenza statistica degli eventi a fronte della magnitudine degli stessi.

Per tali ragioni, diventa estremamente rilevante insistere sulle procedure, e sulla massimizzazione delle regole di controllo concreto delle fonti di rischio piuttosto che sulla raccolta di conoscenze e dati sulla frequenza, prevedibilità ed evitabilità delle stesse. A questa logica deve necessariamente ispirarsi anche il commissario giudiziale il quale, appunto, non può fondare il suo ruolo ed il suo compito sulla semplice rielaborazione di dati già acquisiti ma deve proiettare gli stessi in una dimensione futura per calibrare al meglio l'organizzazione aziendale ai sempre nuovi rischi di commissione di reati e, in aggiunta, ai rischi imprenditoriali.

4. L'adozione dei modelli organizzativi nelle altre forme di amministrazione o controllo giudiziario

Queste ultime considerazioni sono estendibili, nella diversa prospettiva però della mera direttiva da rivolgersi agli amministratori nominati, anche alle altre forme sopra descritte di amministrazione giudiziaria. Invero, in assenza di prescrizioni normative esplicite e specifiche, il provvedimento di nomina dell'amministratore giudiziario in caso di sequestro penale preventivo, nel sequestro *ex art. 12-sexies* l.n. 356 del 1992 ovvero nel procedimento di prevenzione, contiene soprattutto, come detto, le indicazioni relative alla gestione economico-imprenditoriale dell'ente sequestrato; la disciplina di riferimento applicabile in queste ipotesi, infatti, si incentra soprattutto su questo aspetto dell'agire amministrativo. La preoccupazione principale che traspare dall'analisi di queste norme è quella di contenere il rischio economico, ovvero di mantenere in sesto l'impresa sequestrata, gestire i bilanci, il conto economico ed adottare gli atti di ordinaria amministrazione; tutto ciò non esclude tuttavia che le scelte organizzative dell'amministratore nominato possano includere anche la valutazione dei rischi da reato che l'attività dell'ente presenta, con conseguente mappatura degli stessi ed eventuale adozione ed attuazione dei modelli organizzativi. Si tratta di attività non ricomprese nell'ambito della straordinaria amministrazione, che richiederebbero un'autorizzazione specifica, e potenzialmente conciliabili con l'ordinario agire imprenditoriale; anzi, l'analisi approfondita delle aree di rischio-reato offrirebbe all'amministratore anche una migliore comprensione globale dell'attività dell'impresa

che è stato chiamato ad amministrare e garantirebbe allo stesso un bagaglio di dati conoscitivi da spendere in concreto nelle scelte gestionali quotidiane volte, pur sempre, all'allineamento dell'ente nei binari del mercato economico lecito ed al distacco dell'impresa dalle paludi dell'inquinamento criminale. Pertanto, le osservazioni sopra riportate sulla tipologia dei rischi che il commissario *ex d.lgs. n. 231* può valutare, l'ambito dei suoi poteri conoscitivi e l'orizzonte di tutela penal-preventiva verso cui quest'ultimo può proiettarsi, si possono riproporre anche nelle altre ipotesi di amministrazione giudiziaria con la necessaria precisazione, si rimarca, che in questi ultimi casi all'amministratore non può rivolgersi alcun obbligo di mappatura, adozione ed attuazione dei modelli organizzativi ma tutt'al più il Giudice può ipotizzare nel decreto di nomina una formula esortativa, di direzione dell'agire dell'amministrazione in modo da suggerirgli anche di ricomprendere nelle sue globali valutazioni sulla situazione economica dell'impresa anche quella di puntare sulla trasparenza e sulla demarcazione dei profili di rischio di consumazione di reati cui si presta la stessa attività d'impresa.

Il fatto che la gestione giudiziaria dell'amministrazione di un'impresa sequestrata possa includere, e forse sia opportuno che lo faccia in presenza di tutte le condizioni, anche la previsione ed organizzazione dei settori sensibili al rischio da reato, viene sottolineato di recente dalla nuova previsione normativa del commissariamento anticorruzione, di cui all'art. 32 d.l. 90/14 conv. l. 114/14¹³. In presenza di tutti i requisiti

¹³ Art. 32 (Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione) 1. Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture (*ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale*)), il Presidente dell'ANAC (*ne informa il procuratore della Repubblica e*)), in presenza di fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, (*comma 5*)), lett. a) del presente decreto, propone al Prefetto competente (*in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante*)), alternativamente: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto (*o della concessione*)); b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto (*o della concessione*)). 2. Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica (*al servizio o alla fornitura*) oggetto del contratto (*e comunque non oltre il collaudo*). 3. Per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura. 4. L'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie

e presupposti descritti dalla norma, in effetti, si attribuiscono all'amministratore o agli amministratori nominati dall'Autorità *"tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa"*, ed, inoltre, *"l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave"*. Al comma ottavo della stessa disposizione, si prevede ancora che qualora il fatto oggetto di indagini riguardi organi societari diversi, vengano nominati uno o più esperti con il compito di sostegno e monitoraggio dell'impresa, i quali *"forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo"*¹⁴.

dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave. 5. Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione (*ovvero dispone l'archiviazione del procedimento. L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto*). 6. Agli amministratori di cui al comma 2 spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa. 7. Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale (*ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva*). 8. Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo. 9. Agli esperti di cui al comma 8 spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa. 10. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

¹⁴ Per un approfondimento sul tema, vds. la nota di SGUBBI e GUERINI, [L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 un primo commento](#), in questa Rivista, 24 settembre 2014.

Si lascia ampio margine di riempimento di queste prescrizioni, dunque, agli esperti eventualmente nominati dall'Autorità; si fa riferimento, in ogni caso, al concetto di prescrizione operativa attribuendo a queste indicazioni gestionali un evidente significato imperativo, il cui rispetto dovrebbe poi esser monitorato dagli stessi organi preposti. Non si tratterebbe, quindi, di semplici direttive la cui applicazione concreta sarebbe rimessa alle scelte operative degli organi amministrativi interni ma di qualcosa di più stringente.

Ci si muove, quindi, in parallelo con quanto avviene nel d.lgs. n.231 del 2001, nell'ottica impositiva o comunque prescrittiva; ciò a ben vedere sembra lasciare spazio interpretativo (e rafforzare l'opzione di lettura sistematica delle normative sopra richiamate) alla possibilità di inserimento nei provvedimenti di nomina nelle ipotesi di amministrazione giudiziaria in esame, a direttive o generiche indicazioni programmatiche che abbiano ad oggetto questi strumenti di trasparenza.

Ad avvalorare ulteriormente le conclusioni raggiunte non si può non ricordare, in prospettiva *de jure condendo*, la figura del controllo giudiziario delle aziende e l'ipotesi di modifica della disciplina sulla misure di prevenzione con l'inserimento, dopo l'art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 l'art. 34-*bis*¹⁵ che, tra l'altro, prevede che il Tribunale stabilisca i compiti del commissario giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre anche l'obbligo di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-*ter* del d.lgs. 231/2001¹⁶. Si può notare che la proposta di modifica attribuisce al Tribunale il potere di individuare i compiti, magari in modo non troppo generico, del commissario ma soprattutto la possibilità dello stesso Tribunale di imporre l'obbligo di adozione ed attuazione dei modelli organizzativi. Quest'ultimo potere ben può tradursi all'interno del provvedimento di nomina nell'indicazione specifica rivolta al commissario di valutarne in concreto la fattibilità e l'opportunità in relazione alle dimensioni dell'ente, ai costi ed in generale alle esigenze di gestione dell'impresa, rimandando, eventualmente, ad una relazione *ad hoc* dello stesso commissario sulla cui base valutare l'esercizio del potere coercitivo.

¹⁵ Per la pubblicazione del progetto della Commissione antimafia della Camera, vds. *Codice antimafia e delle misure di prevenzione: in cantiere una riforma organica*, in *questa Rivista*, 2 dicembre 2014.

¹⁶ Vds. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata* (d.m. 10 giugno 2013), in *questa Rivista*, 12 febbraio 2014.