

## Sommario

### 1 Corsivo Redazionale

3 FederNotai 2003/2005: tre anni...belli di Egidio Lorenzi

5 FederNotai 2006/2008: tre anni ...di forte impegno di Gennaro Fiordaliso

8 Il primo Congresso dei notai europei di Gianfranco Condò

### Finestra sul Cortile

10 I due gemelli-di Lavinia Vacca, Franco Schiantarelli e Paolo Marinelli

### Sguardo all'Europa

12 Intervista ad un collega austriaco-a cura di David Ockl e Maria Nives Iannaccone

### Società & Co.

16 La responsabilità delle imprese e i modelli esimenti-di Ivan Rotunno

### Argomenti

20 La lingua nella scrittura privata-di Cesare Spreafico

26 Informatica e notariato-di Alvisè Rebuffi

27 Il notaio e l'analisi economica del diritto di Eliana Morandi

34 In tema di targhe: sentenza del tribunale di Roma e commento di Daria Zappone

### Corrispondenza

37 Nasce l'Accademia del notariato di Adolfo de Rienzi

### Attività Sindacali

38 C.A. DI PROF.: obbligatoria ma.....sconosciuta

39 Verbale dell'assemblea dei delegati del giorno 12 novembre 2005 a cura di Paolo Setti

39 Comunicazione

# Società & Co.

## LA RESPONSABILITÀ DELLE IMPRESE E I MODELLI ESIMENTI

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 140, del 13 giugno 2001, Serie Generale, ad onta del suo ambito applicativo apparentemente limitato, crea i presupposti per il raggiungimento di finalità di più ampio respiro: da un lato, infatti introduce nell'ordinamento giuridico italiano una nuova figura di responsabilità penale delle persone "non fisiche", definita dal legislatore come "amministrativa" al fine di evitare contrasti con l'articolo 27, comma 1 della Costituzione, per il quale "la responsabilità penale è personale"; dall'altro, suscita e favorisce l'emanazione di una nuova cultura aziendale nelle piccole e medie imprese (cosiddette PMI), attraverso l'adozione di particolari strumenti di gestione e controllo, i cosiddetti "modelli organizzativi". Nasce così l'esigenza di sviluppare modalità concrete di governo dell'impresa, più moderne e professionali, ispirate a principi etico sociali che permettano di fronteggiare lo scenario particolarmente delicato che contraddistingue attualmente il mercato.

1. Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231. L'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 ha delegato al Governo, in vista della futura creazione di un diritto penale europeo dell'economia, lo sviluppo di un sistema di responsabilità sanzionatoria amministrativa delle società e più in generale degli enti; in tal modo si viene a colmare una lacuna normativa del nostro ordinamento che, a differenza di altri, non conosceva una forma di responsabilità delle persone giuridiche diversa da quella civile.

Il Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 tenta di soddisfare, almeno nelle intenzioni del legislatore, questa esigenza; nel recare la "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica" essa regola dunque la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

2. La nuova responsabilità.

Il D.lgs. 231/01 imputa all'ente una vera e propria colpa per una (mancata o carente) organizzazione, fonte di una sanzionabilità autonoma ed ulteriore rispetto a quella del soggetto autore: l'art. 5 stabilisce testualmente che l'ente è responsabile

per i reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da soggetti con cui vi sia un rapporto di immedesimazione organica o di subordinazione.

Ad una lettura più approfondita, può peraltro ravvisarsi come il D.lgs. 231/01 presenti non pochi elementi di incoerenza; infatti, nonostante la formale qualificazione conferitale dal legislatore, gli articoli 2 e 3, rubricati rispettivamente "Principio di legalità" e "Successione di leggi nel tempo", fanno sorgere più di un legittimo sospetto circa il reale carattere penale della responsabilità oggetto della legge in esame. A conferma di ciò, il Capo III, che contiene la disciplina del procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente e dell'applicazione delle sanzioni amministrative, non solo rimanda esplicitamente al codice di procedura penale (articolo 34), ma attribuisce la competenza della cognizione della causa al giudice penale (articolo 36). Non a caso nella stessa relazione ministeriale accompagnatoria detta forma di responsabilità è descritta come "tertium genus", ossia come tipo diverso non completamente riconducibile né a quella penale né a quella amministrativa.

3. I destinatari della nuova disciplina.

L'art. 1 del D.lgs. 231/01 individua quali destinatari tutti gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica, escludendo, invece, lo Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri enti pubblici economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Sono esclusi anche gli enti cosiddetti "misti", ossia quelli che, magari in seguito ad un processo di privatizzazione, agiscono iure privatorum pur continuando a svolgere una funzione di pubblica utilità (ad esempio, le università pubbliche, le aziende ospedaliere e le aziende private che erogano un pubblico servizio...). Infine, in virtù della recente sentenza del 22 aprile 2004, n. 18941, della sezione VI della Corte di Cassazione Penale, sono altresì escluse dal novero dei destinatari le ditte individuali; ciò in quanto si è ritenuto come incoerente l'imputare loro una responsabilità derivante da una carenza organizzativa colposa.

4. Il catalogo dei reati.

L'elenco dei cosiddetti "reati presupposto" si rivela non meno ampio della categoria dei destinatari,

nonostante il legislatore delegato non abbia rispettato appieno la delega ricevuta avendo tralasciato di riportare alcune figure di reato che erano incluse nella legge delega n. 300. Sfruttando però la tecnica della novellazione per tranches successive, la normativa individua, comunque, un catalogo di reati molto ampio che potrà essere continuamente implementato anche in futuro; infatti, mentre nella sua stesura originaria i reati contemplati erano solo quelli in danno dello Stato e quelli di corruzione e concussione, oggi, per effetto di successive integrazioni, l'elenco dei reati, oltre a quelli già menzionati, contempla:

- i reati societari ;
- l'abuso di mercato;
- la falsità di moneta;
- i delitti contro la personalità dell'uomo;
- i delitti con finalità terroristiche e sovversive.

Di particolare rilievo, ai fini della ricerca che si sta svolgendo, escludendo dall'analisi le ipotesi più tipicamente criminali, risulta dunque l'inserimento nell'elenco:

- a) dei reati societari, che possono essere commessi, indistintamente, da tutte le tipologie di società (art. 2621 e ss del codice civile) ;
- b) dei reati previsti dagli artt. 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 322-bis e 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter del codice penale che incidono soprattutto su quelle società che intrattengono rapporti commerciali con la Pubblica amministrazione (ad esempio attraverso la partecipazione a bandi, concorsi e gare e così via).

#### 5. Le sanzioni.

Le sanzioni previste dalla nuova disciplina sono principalmente di due tipi:

- sanzioni pecuniarie, che sono talmente pesanti da poter portare allo scioglimento dell'ente, variando da circa 25mila a circa 1,5 milioni di euro;
- sanzioni interdittive, che comprendono la sospensione o l'interruzione dell'attività, la sospensione o la revoca di licenze, autorizzazioni o concessioni, ed infine l'interdizione dalla contrattazione con la pubblica amministrazione.

Le sanzioni pecuniarie vengono comminate obbligatoriamente mentre quelle interdittive solo in via eventuale.

Sono infine previste sanzioni ulteriori quali la confisca dell'eventuale profitto conseguito e la pubblicazione della sentenza di condanna, quest'ultima solo nei casi più gravi.

Una sanzione importante, menzionata all'art. 11, comma 1, lett. u), della legge delega n. 300, riguarda l'organo amministrativo dell'ente colpevole. In caso di commissione di un cosiddetto reato presupposto, l'amministratore che non abbia almeno sollevato in assemblea la possibilità di adozione di un modello di gestione è passibile di a-

zione di responsabilità ai sensi degli articoli 2393 e 2476 del codice civile .

#### 6. Il beneficio esimente.

La vera importante novità introdotta dal D.lgs. 231/01 è racchiusa negli artt. 6 e 7 che prevedono la possibilità dell'esonero della responsabilità per l'ente che adotti un modello di organizzazione idoneo a prevenire la commissione dei reati da parte dei soggetti apicali e dei subordinati. Quindi la società, per ottenere l'esimente, deve dimostrare che (art. 6, comma 1 e art. 7):

- a. l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi;
- b. il compito di vigilare sul funzionamento, l'efficacia e l'osservanza dei modelli, nonché di curare il loro aggiornamento, sia stato affidato ad un organismo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo;
- c. le persone fisiche hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d. non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza.

Dunque, per ottenere l'esimente, è imprescindibile la creazione all'interno della struttura sociale di un nuovo organismo, l'"Organo di Vigilanza", che sovrintenda l'attuazione, la gestione e l'eventuale aggiornamento del modello organizzativo.

L'"Organo di Vigilanza", individuato in un organo societario già esistente (ad esempio, il collegio sindacale o il comitato per il controllo interno o il consiglio di sorveglianza) oppure in uno nuovo appositamente creato, deve essere caratterizzato da autonomia ed indipendenza - anche economica (art. 6, comma 2, lett. c) - dall'organo amministrativo, monocratico oppure collegiale; i suoi membri devono inoltre possedere requisiti tali che ne garantiscano la competenza e l'efficienza. L'"Organo di vigilanza" è soggetto a responsabilità penale qualora, per non aver correttamente adempiuto ai suoi doveri e quindi in caso di carente e insufficiente vigilanza, si manifesti un evento rientrante tra i reati cui l'ente è esposto .

#### 7. I Modelli di gestione, organizzazione e controllo.

Il legislatore ha stabilito che la predisposizione e l'adozione dei modelli di gestione, organizzazione e controllo da parte degli enti non sia obbligatoria ma facoltativa: essa assume le caratteristiche dell'onere, civilisticamente inteso, in quanto diviene necessaria solo ove si voglia beneficiare dell'esimente da responsabilità .

Tuttavia il D.lgs. 231/01 non sviluppa un prototipo cui adeguarsi, prevedendo solo all'art. 6, comma 3, che le associazioni di categoria rappresentative degli enti sottopongono al Ministero della giustizia dei codici di comportamento i quali, una volta

passato positivamente il vaglio ministeriale, possono essere usati come linee guida dai singoli enti. Nello specifico, il processo che sta alla base della realizzazione del modello è dettato dall'art. 6, comma 2: risulta preliminare alla predisposizione del modello l'analisi dell'intero ambito operativo dell'ente, onde giungere ad una mappatura delle attività a rischio di commissione reato; successivamente, è necessario prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente nei processi a rischio reato nonché l'istituzione di un "Organo di Vigilanza". Inoltre, è determinante introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare internamente le infrazioni al modello. Infine, l'ente si dovrebbe dotare di un "Codice etico" che manifesti la condivisione dei principi morali cui si ispira non solo il D.lgs. 231/01 ma anche l'intero ordinamento giuridico; d'altronde già la stessa la dottrina ormai riconosce che il principio di correttezza, esplicazione dei doveri di solidarietà previsti dall'articolo 2 della Costituzione, è un dovere giuridico che ha fonte non nel singolo contratto, ma nella legge e, quindi, si applica ad ogni rapporto civile compresi l'attività e gli atti delle società, anzi soprattutto a questi ultimi vigendo il "dimenticato" articolo 41, comma 3, della Costituzione.

8. Il modello di gestione, organizzazione e controllo, gli "enti di piccole dimensioni" e i nuovi sistemi di governance.

L'art. 6, comma 4 consente di distinguere in due macro categorie i destinatari del D.lgs. 231/01: "enti di piccole dimensioni" ed "enti non piccoli".

Solo per gli "enti di piccole dimensioni" è previsto un trattamento di favore consentendo, eccezionalmente, che l'organo gestionale possa svolgere il compito di "Organo di Vigilanza". La norma non precisa a quali tipologie si riferiscono tali agevolazioni, ma la menzione fa riferimento senza dubbio a determinate soglie e criteri dimensionali, quali ad esempio, la necessaria coincidenza tra direzione e proprietà, ed il ristretto numero di dipendenti.

Nelle realtà più complesse, invece, interessante risulta il confronto tra l'Organo di Vigilanza e gli organi di controllo introdotti con i nuovi sistemi di governance previsti dalla recente riforma societaria; in particolare, sia nel consiglio di sorveglianza, sia nel comitato di controllo della gestione, previsti dagli articoli 2409-novies e 2409-sexiesdecies del codice civile sono riscontrabili tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi previsti per l'Organo di Vigilanza. Infatti, questi organi si contraddistinguono per la professionalità e l'onorabilità che caratterizzano i loro membri, per la primaria funzione di controllo che svolgono sull'operato degli amministratori e perché risultano esplicazione giuridica della distinzione teorica tra gestione e controllo. Quindi non comporterebbe una violazione della previsione legislativa l'attribuzione al consiglio di sorve-

glianza o al comitato di controllo della gestione della qualifica di "Organo di Vigilanza".

9. L'adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo.

In tema di adozione del modello la legge si mostra abbastanza ermetica, non risultando né chiara né esplicita sia in tema di competenza, che di forma, della relativa decisione dell'ente che venga a conformarsi alle previsioni normative contenute nel D.lgs. 231/01. A tal proposito può risultare interessante un approccio all'analisi sulle implicazioni di tale scelta che investa, da un lato, i rapporti tra gestione e proprietà dell'ente e, dall'altro, la struttura sociale.

Innanzitutto è bene evidenziare che un simile adeguamento organizzativo, possibile sia in sede costitutiva che durante società, implica l'introduzione di un sistema procedurale interno specifico per le attività a rischio reato e la creazione, come si è visto, di un nuovo organo o soggetto sociale, ossia l'"Organo di Vigilanza".

Il problema della competenza in linea generale viene risolto dall'art. 6, comma 1, lett. a) della legge, che attribuisce all'"organo dirigente" il poterdovere di adottare, nonché di attuare, un modello di organizzazione e gestione ai fini esimenti. Inoltre va rammentata la previsione dell'art. 11, comma 1, lett. u), della legge delega n. 300, che rende applicabile l'art. 2392 del codice civile nelle circostanze sopra ricordate. Non deve, infine, esser dimenticato come in virtù della recente riforma del diritto societario, sia stato rafforzato il principio generale dell'esclusiva capacità nonché responsabilità gestoria degli amministratori a prescindere dall'esigenza di un'apposita autorizzazione assembleare (art. 2364, comma 1 n. 5 del codice civile).

Ciononostante, se è vero che gli spunti normativi riportati fanno propendere per la sufficienza di una decisione assunta dall'organo amministrativo, concretizzandosi il modello, nella sua fase applicativa, in una prassi gestionale standardizzata che dovrà essere armonizzata con l'assetto organizzativo e con il sistema di controlli già esistenti nell'ente, si avverte tuttavia l'opportunità di riconoscere all'"Organo di Vigilanza" una veste anche formale che ne faccia risaltare, con l'adeguata e conseguente pubblicità, la sua collocazione all'interno della struttura sociale, in modo tale che anche i terzi possono venire facilmente a conoscenza del rilievo dato dalla società alle tematiche della trasparenza e della correttezza dei procedimenti interni.

Tale rilievo sembra possa far giustamente suggerire che istituzionalizzare la costituzione, le principali funzioni, i poteri ed i requisiti di autonomia ed indipendenza nel contratto sociale, o comunque nelle regole organizzative primarie dell'ente, si dimostri una scelta più aderente al disegno prospettato dal legislatore il quale, sebbene abbia uti-

lizzato la tecnica legislativa della moral suasion - stimolo mediante minaccia - ha inteso introdurre un sistema normativo che obbliga direttamente l'ente a proteggere i beni tutelati dalla norma attraverso il Modello Organizzativo, affidandogli il compito di "garante" di tali essenziali regole .

In forza delle considerazioni proposte, incidendo l'adeguamento dell'ente al D.lgs. 231/01 non solo sulla gestione, ma anche sulla struttura societaria, sembrerebbe più opportuno scindere il momento della creazione dell'organo di vigilanza e dell'introduzione delle principali norme per la sua organizzazione e attività, da quello della concreta e materiale predisposizione del sistema di controllo. Facendo così assumere a detto primo momento rango di norma statutaria o organizzativa, cui conseguirà la necessaria competenza dei soci con le maggioranze previste per le modifiche di atti costitutivi, di statuti e, più in generale, di patti sociali e le conseguenti formalità redazionali, in primis l'atto pubblico e/o il verbale notarile . Delegando, invece, alla competenza gestoria dell'organo amministrativo, o del costituito Organo di Vigilanza, la predisposizione della regolamentazione utile a disciplinare lo svolgimento concreto delle funzioni e della corrispondente attività, quali ad esempio le regole procedurali attraverso le quali svolgere il controllo richiesto dalla legge.

Risulterebbe invece essere rimessa ad una mera valutazione di policy aziendale affidare il potere di nominare, revocare e sostituire i membri dell'"Organo di Vigilanza" alternativamente all'organo amministrativo o ai soci, incidendo tale scelta sulla maggiore o minore agilità del sistema procedurale interno ovvero su esigenze di trasparenza ovvero in ossequio ad altre istanze.

#### 10. Modelli, etica, gestione del rischio e governo dell'impresa.

In conclusione, in linea con i principi di "Corporate Governance", si può osservare l'importanza della diffusione e del radicamento nelle imprese di una nuova cultura del controllo, della legalità e della regolarità volta all'ottimizzazione delle risorse . La conseguenza che si ricava dalla considerazione svolta è che il sistema di governance di una società è qualcosa di più complesso del semplice binomio "regole ed etica"; infatti, è l'insieme di criteri e di strumenti necessari ad assicurare nel lungo

periodo creazione di valore, efficacia strategica ed efficienza gestionale ad una organizzazione commerciale che opera nel pieno rispetto delle regole . Sembrerebbe, dunque, potersi affermare l'esistenza di un'interrelazione tra governo ed organizzazione, intendendo lo stesso governo societario come un primo e amplissimo ambito organizzativo dell'impresa ed il controllo interno come strumento per il suo funzionamento, incentrato sia sul concetto di "gestione del rischio", che sui valori di integrità e trasparenza. L'interazione tra "risk mangement" e scienza giuridica ha permesso l'evoluzione della nozione stessa di rischio legale, che prima era percepito solo ed esclusivamente come "rischio contrattuale"; oggi, invece, gestione del rischio legale d'impresa significa dotarsi di una struttura o di strumenti che consentano di perseguire i seguenti obiettivi:

- 1- garantire che l'impresa agisca nel pieno rispetto di leggi e regolamenti;
- 2- assicurare che i contratti e gli accordi stipulati siano chiari ed equi per l'impresa e applicabili ai sensi di legge;
- 3- ridurre al minimo i costi delle cause e delle transazioni .

Importanza cruciale rivestono, quindi, la concezione della società come organizzazione e la necessità che l'organizzazione sviluppi strumenti e prassi che creino valore attraverso il controllo. Tali principi sono i medesimi posti a fondamento sia della legge in analisi, sia della recente riforma societaria che, secondo attenti studiosi , ha introdotto il "diritto dell'impresa organizzata" .

Alla luce di simili considerazioni, l'implementazione di un modello organizzativo con la funzione di speciale sistema operativo, per riordinare i valori interni e per attuare una più ponderata gestione del rapporto rendimento-rischio, consente alla singola organizzazione di svilupparsi correttamente verso la realizzazione dei propri fini strategici .

Dott. Ivan Rotunno



# FederNotizie

Edito a cura dell'Associazione Sindacale Notai della Lombardia - iscritto il 13.5.1988 al n. 345 nel Registro della Stampa del Tribunale di Milano. Pubblicazione non in vendita, inviata a tutti gli iscritti delle associazioni sindacali notarili. Direzione e Redazione: via Clerici 1, 20121 Milano  
E-mail. redazione@federnotizie.org - Web. www.federnotizie.org

Maria Nives Iannaccone	<b>DIRETTORE RESPONSABILE</b> Seregno. P.zza Concordia 2, tel. 0362/327632 - fax 02/86998531 E-mail. miannaccone@notariato.it
Luciano Amato	Milano, via Fatebenefratelli n.20, tel. 02/29000248 - fax 02/29004244 E-mail lamato@notariato.it
Gian Franco Condò	Lecco, via Leonardo da Vinci 15, tel. 0341.355367 - fax. 0341.362571 E-mail. gcondo@notariato.it
Domenico de Stefano	Milano, via Senato 12, tel. 02.76003206 - fax. 0276005948 E-mail. ddestefano@notariato.it
Cesare Spreafico	Bobbio, Contrada dei Donati 9, tel. 0523.330598 - fax. 0523.304535 E-mail. cspreafico@notariato.it
Arrigo Roveda	Milano, Via mario Pagano 65, tel. 02.4805611 - fax 02.480561222 E-mail. aroveda@notariato.it
Franco Treccani	Brescia, c.so Martiri Libertà 25, tel. 030.3753373 - fax. 030.3755072 E-mail. ftreccani@notariato.it
Lavinia Vacca	Mesagne via Roma n.7, tel 0831/738434, fax 0831/778702, E-mail.lvacca@notariato.it
Edoardo Rinaldi	<b>SEGRETERIA DI REDAZIONE</b> Milano, via Clerici 1, tel. 02.86995552 E-mail. redazione@federnotizie.org
Amministrazione	Milano, via Passione 4, tel. 02.76022121 - fax. 02.76005817 E-mail. elorenzi@notariato.it

I segni grafici sono tratti da  
"Graphic ornaments" – The pepin press - Agile Rabbit Editions  
Elaborazione grafica: luca spreafico E-mail. spriky2000@yahoo.it  
Questo numero è stato consegnato per la stampa il 20 dicembre 2005  
per una tiratura di 5000 copie  
Stampato da Tipolitografia Levati, vicolo Serbelloni n. 3 - 20064 Gorgonzola (MI)  
levatigi@tipolitografialevati.191.it