



La Responsabilità Civile

11

Anno VII • novembre 2010

UTET
GIURIDICA

LE SENTENZE ANNOTATE

Danno da visure ipotecarie e prescrizione: note sull'ipotecabilità del diritto di abitazione e il c.d. allineamento catastale (d.l. 31.5.2010, n. 78)

IL CASO

Inadempimento del promissario venditore e tutela del promissario acquirente

LE RASSEGNE

È risarcibile il danno «interspecifico»?

LA RESPONSABILITÀ “AMMINISTRATIVA” DELLA BANCA EX D.LG. N. 231/2001 E CONNESSI PROFILI DI RESPONSABILITÀ CIVILE

Le Riviste Iperestuali - Direttori

G. Bonilini - M. Confortini - M. Franzoni - C. Granelli
G. Vettori - A. Zaccaria

La Responsabilità Civile - Direzione scientifica

M. Franzoni - A. Zaccaria



La responsabilità “amministrativa” della Banca ex d.lg. n. 231/2001 e connessi profili di responsabilità civile

Cristiano Iurilli

Avvocato e Ricercatore di Diritto privato

» SOMMARIO

1. Profili introduttivi e quadro di riferimento – 2. Analisi sintetica della disciplina – 3. La funzione dell’Organismo di vigilanza: una vera scriminante? – 4. Dalla tutela della privacy alla normativa antiriciclaggio, passando per la trasparenza bancaria. *Reductio ad unitatem* – 5. Problemi di responsabilità civile. Influssi e influenze del d.lg. n. 231/2001 sull’applicabilità dell’art. 2049 c.c.: il problema della costituzione di parte civile

1. Profili introduttivi e quadro di riferimento

Con l’emanazione del d.lg. 8.6.2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’art. 11, l. 29.9.2000, n. 300», il nostro legislatore ha oramai da tempo introdotto una normativa organica di notevole rilievo giuridico che ha contribuito a dare nuovo impulso ai dibattiti dottrinali, sia in ambito penalistico che civilistico, sul tema della responsabilità oggettiva delle persone giuridiche⁽¹⁾.

Già una prima, rapida lettura della disciplina ne rende evidenti le connessioni con gli interrogativi riguardanti

la responsabilità, innanzi tutto penale, delle persone giuridiche, e la conseguente possibilità di sottoporre a sanzione gli illeciti riconducibili alle entità collettive mediante misure di tipo afflittivo e preventivo,

campo, questo, delicatissimo in cui profili di responsabilità penale, civile ed amministrativa sono uniti in stretto connubio. La considerazione dei numerosi interventi dottrinali e giurisprudenziali in materia, induce a definire la normativa di cui si tratta come «una delle più importanti e profonde innovazioni del nostro sistema “sanzionatorio”»⁽²⁾ e come base per il superamento del

tradizionale principio *societas delinquere non potest*, proseguito e confermato da ulteriori interventi legislativi, in particolar modo in materia bancaria (si veda ad esempio la normativa antiriciclaggio recentemente innovata con il d.lg. n. 151/2009), volti a consentire un adeguato controllo sociale dell’attività di impresa, che inesorabilmente portano anche l’interprete civilista a nuove riflessioni. La commistione di differenti profili di responsabilità appare chiara già dalla intitolazione della norma, ove si afferma il carattere amministrativo della “nuova responsabilità”. Tuttavia, non è dato riscontrare, nel testo, gli elementi principali, tipici e univoci della responsabilità amministrativa, a differenza di quanto si può dire a proposito di quelli tipici della responsabilità penale⁽³⁾, presenti in quanto la responsabilità dell’ente viene accertata durante un processo penale, le sanzioni hanno natura preventiva, vengono applicati principi generali di diritto penale, la responsabilità dell’ente presenta caratteri di autonomia, persistendo anche qualora non venga poi identificato l’autore materiale del reato o questi non sia imputabile o quando il reato si estingua per motivi diversi dall’amnistia. L’ente dunque, pur non considerato formalmente quale autore diretto dell’illecito, poiché il presupposto oggettivo della sua imputazione si trova nel fatto che il reato è stato commesso da un soggetto legato funzionalmente alla società, viene direttamente investito della responsabilità del fatto.

L’introduzione di un nuovo modello di responsabilità, che dunque potremmo definire para-penale⁽⁴⁾, si è resa necessaria a causa dell’implementazione di forme di criminalità spesso in-

⁽¹⁾ BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 951 ss. – ora in *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997, 2975 ss.; DE FRANCESCO, *La responsabilità della società: un crocevia di problematiche per un nuovo “modello” repressivo*, in *Legislazione pen.*, 2003, f. 2, 372-376.

⁽²⁾ LESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, Padova, 2002, n. 1-2, 33 ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, 2001, f. 4, 1126 ss.

⁽³⁾ DE GENNARO, *Introduzione alla responsabilità amministrativa degli Enti – Caratteri della nuova figura di responsabilità*, in *www.penale.it*.

⁽⁴⁾ Su tale definizione, in dottrina (*ex multis*, DE GENNARO, *op. ult. cit.*) si legge «Il d.lg. 231 risulta così articolato: qualora venga commesso un “reato tipico” da un soggetto, legato in maniera funzionale ad ente giuridico, e quest’ultimo ne abbia tratto un vantaggio o un interesse, oltre alla responsabilità penale del reo si configura una responsabilità personale del soggetto giuridico per non aver prevenuto ed impedito la commissione di quel reato. Si configurano così due distinte responsabilità da cui discendono due sanzioni una per la persona fisica e una per l’ente ritenuto responsabile. Se l’imputazione dell’ente, l’accertamento della responsabilità e la sua eventuale condanna sono disciplinati da istituti penalistici, è nella fase preparatoria del reato che il

differenti alle tradizionali forme di tutela apprestate per il singolo individuo, dimostratesi perciò inadeguate in sede sia repressiva che preventiva⁽⁵⁾.

Gli strumenti penalistici indirizzati al singolo individuo sono apparsi sempre più carenti specialmente in relazione alla loro scarsa attitudine a indurre l'ente collettivo alla prevenzione dei reati commessi nell'esercizio della propria attività economica e a proprio vantaggio. Ed è indubbio che uno dei settori in cui maggiormente si possono commettere i c.d. reati di impresa è quello bancario: su un duplice versante, civile e penale, risulta chiaro che, senza una struttura organizzata di impresa bancaria, non sarebbero stati pensati e materialmente attuati determinati comportamenti illeciti: e proprio l'esercizio dell'attività bancaria, per le forme in cui si esplica e per i diritti economico-patrimoniali individuali che va a gestire, risulta il campo preferito per la commissione di reati, di rilevanza penale certo, ma che hanno avuto, hanno e avranno un'indiscussa valenza anche sul piano dei danni inferti al soggetto leso dal comportamento criminoso, anche e specialmente in virtù delle più recenti innovazioni legislative.

Nell'esercizio dell'attività bancaria, l'aspetto penale e quello civile di un medesimo comportamento si fondono in un *unicum* inscindibile⁽⁶⁾.

E pur se la disciplina in commento mostra la sua indubbia - se non preminente - valenza penale, riteniamo opportuno analizzarne i capisaldi e le relative problematiche anche dal punto di vista del civilista, in relazione a profili di responsabilità civile oggettiva, in un contesto in cui la commissione dell'illecito penale non è quasi mai frutto di un'autonoma scelta del singolo individuo, bensì trova la sua origine nell'attività dell'impresa stessa e nelle sue politiche interne, strumentali al raggiungimento di un obiettivo che è prevalentemente, se non esclusivamente, dell'ente, e non dell'autore dell'illecito.

Risulta altrettanto chiaro come un tale tipo di scelta legislativa non potesse non avere un effetto diretto sul principio rappresentato dal brocardo "*societas delinquere non potest*" e sulle teorie in

materia di persone giuridiche, anch'esse oggetto di importante evoluzione dottrinale.

Detta modifica di impostazione ha seguito strade parallele sia per l'ordinamento civilistico che in tema di tutela penale.

2. Analisi sintetica della disciplina

Sino all'introduzione del d.lg. n. 231/2001⁽⁷⁾ (e sue successive modifiche)⁽⁸⁾, l'art. 27 Cost., secondo cui «la responsabilità penale è personale», impediva, *de facto*, che detta responsabilità potesse investire le società, in quanto persone giuridiche. Con l'introduzione della disciplina in parola, anche le persone giuridiche sono divenute soggette a responsabilità penale per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Il decreto prevede a carico dell'impresa una responsabilità amministrativa che si concretizza attraverso sanzioni rilevanti per la potenziale sopravvivenza dell'impresa sul mercato, come l'applicazione di un'ammenda fino a un milione di euro, l'interdizione e la sospensione dell'attività, il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, l'esclusione da contributi, il divieto di pubblicità, la confisca e la pubblicazione della sentenza sfavorevole.

La difficoltà incontrata dal nostro legislatore è derivata dalla necessità di delineare una connessione tra una responsabilità di natura penale, propria dell'ente personificato, e un unico "fatto di reato" non realizzato dall'ente, bensì dalla persona fisica autrice:

ciò si deduce chiaramente dall'analisi dell'art. 5 del decreto, in cui sono stati evidenziati i due parametri, rispettivamente di natura oggettiva e soggettiva, che devono essere presenti contemporaneamente perché possa essere imputata all'ente la responsabilità del reato: a) i reati debbono essere stati commessi "nell'interesse o a vantaggio dell'ente" (parametro "oggettivo" di connessione tra un fatto di reato commesso dalla persona

Legislatore ha dovuto elaborare i momenti di raccordo nelle componenti oggettive e soggettive per poter configurare una responsabilità personale, dello stesso. Questo raccordo è stato attuato attribuendo all'ente un obbligo generale di prevenzione dei reati economici e quindi un dovere di auto-organizzazione, idoneo a impedire o limitare l'evento criminoso. Cosicché qualora il "reato presupposto" sia commesso, e ricorrono i presupposti oggettivi e soggettivi, l'ente è chiamato a rispondere del proprio comportamento omissivo e negligente nella gestione della propria struttura organizzativa. Risulta essere, in altri termini, il garante collettivo del rispetto della legalità, avendo, con il suo comportamento, agevolato la commissione del reato, se non addirittura essendo stato complice, e per ciò assume una responsabilità amministrativa propria, che riveste patrimonialmente un carattere di esclusività, potendo l'ente assolvere, solamente, alla sanzione pecuniaria erogata. In base a questa costruzione l'ente non è chiamato a rispondere direttamente del reato commesso da un terzo, ma di riflesso per "colpa in organizzazione". Ovvero quale atteggiamento omissivo e superficiale, non corretto, e per questo sanzionabile, per il ruolo di garante dell'operato di quanti in esso e per esso collaborano».

⁽⁵⁾ Si ricorda come, in proposito, la Relazione governativa al d.lg. n. 231/2001 così recitasse: «l'incremento ragguardevole dei reati dei "colletti bianchi" e di forme di criminalità a questa assimilabili, ha di fatto prodotto un sopravanzamento della illegalità di impresa sulle illegalità individuali».

⁽⁶⁾ GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2004, 9 ss.

⁽⁷⁾ Sul tema, *ex multis*, cfr., ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2002, n. 1-2; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, f. 4, 2001; FRIGNANI-GROSSO-ROSSI, *I modelli di organizzazione previsti dal d.lg. n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in *Soc.*, Milano, 2002, n. 2; GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, 49-154; C. SANTORIELLO, *Responsabilità da reato dell'ente collettivo: interesse a*

vantaggio, in *Giust. pen.*, 2008, II, 533; SANTORIELLO, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. società e enti*, 2008, f. 3, 49; VINCIGUERRA, CERESAGASTALDO e ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lg. n. 231/2001)*, Padova, 2004.

⁽⁸⁾ Ricordiamo, in sintesi, i provvedimenti integrati nel decreto come oggi vigente: il d.l. 25.9.2001, n. 350, convertito con l. 23.11.2001, n. 409, ha disposto (art. 6) l'introduzione dell'art. 25 *bis*; il d.lg. 11.4.2002, n. 61, ha disposto (art. 3) l'introduzione dell'art. 25 *ter* e la seguente modifica nel Capo I, Sezione III: l'espressione «Responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale» è stata sostituita da quella: «Responsabilità amministrativa da reato»; il d.p.r. 30.5.2002, n. 115, ha disposto (art. 299) l'abrogazione dell'art. 75; la l. 14.1.2003, n. 7, ha disposto (art. 3) l'introduzione dell'art. 25 *quater*; il d.p.r. 14.11.2002, n. 313, ha disposto (art. 52 (L)) la modifica dell'art. 85 e l'abrogazione degli artt. 80, 81 e 82; il d.m. 26.6.2003, n. 201, ha precisato che (art. 8), rispetto ai termini stabiliti dall'art. 6, d.lg. n. 231/2001, «Per i codici di comportamento inviati al Ministero della giustizia fino alla data di entrata in vigore del presente regolamento, il termine di trenta giorni di cui all'art. 6, 3° co., d.lg. n. 231 del 2001, decorre da tale data»; la l. 11.8.2003, n. 228, ha disposto (art. 5) l'introduzione dell'art. 25 *quinquies*; la l. 18.4.2005, n. 62, ha disposto (art. 9) l'introduzione dell'art. 25 *sexies*; la l. 28.12.2005, n. 262, ha disposto (art. 31) la modifica dell'art. 25 *ter*; la l. 9.1.2006, n. 7, ha disposto (art. 8) l'introduzione dell'art. 25 *quater*.1; la l. 6.2.2006, n. 38, ha disposto (art. 10) la modifica dell'art. 25 *quinquies*; la l. 3.8.2007, n. 123, ha disposto (art. 9) l'introduzione dell'art. 25 *septies*; il d.lg. 21.11.2007, n. 231, ha disposto (art. 63) l'introduzione dell'art. 25 *octies*; la l. 18.3.2008, n. 48, ha disposto (art. 7) l'introduzione dell'art. 24 *bis*; il d.lg. 9.4.2008, n. 81, ha disposto (art. 300) la modifica dell'art. 25 *septies*; la l. 15.7.2009, n. 94, ha disposto (art. 2) l'introduzione dell'art. 24 *ter*; la l. 23.7.2009, n. 99, ha disposto (art. 15, 7° co.) la modifica dell'art. 25 *bis*, 1°, 2° co. e rubrica, nonché l'introduzione degli artt. 25 *bis*.1 e 25 *novies*; la l. 3.8.2009, n. 116, ha disposto (art. 4) l'introduzione di un "secondo" art. 25 *novies*.

fisica e la persona giurica)⁽⁹⁾; b) occorre che possano essere ravvisati un rapporto organico con l'ente o un rapporto di subordinazione (parametro "soggettivo", finalizzato e funzionalizzato a constatare una particolare connessione tra l'ente e il terzo autore del reato, in modo che possa considerarsi superata la posizione di evidente terzietà, o meglio di estraneità dell'ente medesimo).

Tale ultimo parametro risulta particolarmente rilevante ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, poiché ove il fatto sia commesso da un "soggetto apicale"⁽¹⁰⁾ ne deriverebbe la responsabilità certa e assoluta dell'ente, mentre se del fatto sia responsabile un soggetto legato ad esso da un rapporto di subordinazione⁽¹¹⁾ ne deriverebbe una responsabilità dell'ente di natura meramente colposa.

Il decreto offre come unica chance esimente la possibilità per le imprese di dotarsi di un modello organizzativo in grado di prevenire la commissione di reati: tale scelta o elimina il rischio o comunque ne riduce la gravità sotto il profilo sanzionatorio.

Rimane l'interrogativo circa la portata "civilistica" dell'esimente rappresentata dalla costituzione del c.d. organismo di vigilanza (di seguito per brevità O.d.V.), oggetto del nostro approfondimento.

Tra i reati in generale previsti dal decreto n. 231/2001, quelli rilevanti per il sistema bancario riguardano principalmente (ed *ex multis*): i reati societari; i reati di abuso di mercato; la violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro; i reati transnazionali; i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; e, non da ultimi (anche per il loro rilievo civilistico), i reati informatici, e in particolare i reati di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico, di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici, di danneggiamento di informazioni, dati o programmi informatici.

Dunque, la disciplina di cui si tratta si fonda sulla necessaria commissione di un reato presupposto, sia esso reato generale che peculiare: nel primo caso, è chiaro che l'analisi dei profili di responsabilità bancaria e dei connessi rischi di commissione di un reato rilevante ai fini del d.lg. n. 231/2001 non deve essere condotta in modo diverso rispetto al modo in cui si deve procedere quando si tratti di una società non bancaria (e così, ad esempio, quando si tratti di attività di acquisizione di patrimoni, di movimentazione del proprio patrimonio, di gestione di

informazioni relative alla clientela, sempre ad esempio, in materia di obblighi antiriciclaggio); nel secondo caso, in cui si ha a che fare con attività riguardanti in particolare la gestione del denaro e/o di beni o utilità, va tenuto conto del fatto che, indubitabilmente, il circuito bancario e finanziario è ambiente idoneo per la loro commissione, essendo il luogo fisico in cui avviene lo "scambio" tra risorse finanziarie illecite e risorse lecite immesse nel circuito finanziario, e ove gli autori del reato presupposto, per usufruire del ritorno economico derivante da condotte illecite sovente azionate per facilitare operazioni illecite della clientela, e volte anche se indirettamente all'acquisizione da parte del cliente di ulteriori risorse finanziarie da inserire nel circuito bancario, mirano a collocare somme, ad esempio oggetto di reato di riciclaggio, presso vari intermediari anche inconsapevoli, e a frazionare le relative operazioni, in modo da renderle "non sospette" sia per modalità che per tempistica di esecuzione⁽¹²⁾.

3. La funzione dell'Organismo di vigilanza: una vera scriminante?

L'adozione di un "modello organizzativo" costituisce un'opportunità che il legislatore concede all'ente, finalizzata alla esclusione della sua responsabilità. L'art. 6, d.lg. n. 231 del 2001 ha infatti introdotto una nuova figura societaria, ovvero un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo prevedendo che l'ente possa essere esonerato dalla responsabilità conseguente alla commissione dei reati indicati, ove affidi a tale organismo il compito di vigilare sul suo funzionamento, nonché sull'osservanza del modello di organizzazione, di gestione e di controllo, oltre che il compito di curarne l'aggiornamento.

Il primo interrogativo circa l'adozione di un modello di vigilanza e la contestuale costituzione di un organismo di vigilanza (O.d.V.) riguarda la sua obbligatorietà:

ci si deve chiedere cioè se la costituzione di un O.d.V. sia da considerarsi come obbligo posto a carico dell'ente.

Sul punto, è interessante analizzare, seppure sinteticamente, la posizione assunta da una recente giurisprudenza di merito⁽¹³⁾. I giudici milanesi hanno trattato dei profili gestionali dell'ente superando il mero dato normativo, e cioè non limitandosi all'analisi del decreto in commento: risulta infatti indubbio che il d.lg. n. 231/2001 consideri facoltativa l'adozione del modello di vigilanza. Ove l'ente volesse andare esente da responsabilità penale, avrebbe l'onere, e non l'obbligo di adottarlo, rimanen-

⁽⁹⁾ La norma pone l'accento su un "interesse" o un "vantaggio" dell'ente quale risultato della condotta criminosa attuata dal soggetto persona fisica ad esso funzionalmente legato. Tale situazione di interesse può risultare "esclusiva o concorrente" per la società, ma non esclusiva per l'autore del reato o per il terzo, casi questi ultimi, nei quali, per specifica previsione del 2° co. dell'art. 5, la responsabilità dell'ente andrebbe esclusa.

⁽¹⁰⁾ Tali potrebbero risultare le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (ad esempio, l'istitutore, il direttore di stabilimento o di divisione, direttori di banca, ma non i membri del collegio sindacale, organo di vigilanza interno all'ente cui non compete anche un vero e proprio potere di amministrazione attiva). Si vedano in proposito le «Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lg. n. 231/2001)», dicembre 2002.

⁽¹¹⁾ Categoria individuabile nelle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di soggetti con funzioni apicali (ad esempio, tipica figura è quella del dipendente legato da un rapporto di lavoro subordinato, *ex artt.* 2094 e 2095 c.c.; ma si può pensare anche a coloro i quali, non essendo legati da un rapporto di dipendenza, si trovino comunque sottoposti alla direzione e al controllo del vertice societario, come, ancora una volta ad esempio, i collaboratori coordinati e continuativi).

⁽¹²⁾ Ricordiamo come il d.lg. 231/2001 richieda che il reato presupposto sia commesso da un "vertice" o da un sottoposto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente: dunque, il "rischio di riciclaggio" per le banche è rilevante, perché per i clienti è facile utilizzare il sistema finanziario lecito per "ripulire" i capitali illeciti, capitali che spesso vengono investiti in prodotti bancari e finanziari offerti dallo stesso istituto bancario, così realizzandosi il c.d. vantaggio (economico) dell'ente.

⁽¹³⁾ Cfr., sul punto, i richiami in DE GENNARO, *Il decreto legislativo 231/2001 un "cortese" obbligo*, sentenza 1774/08 Tribunale di Milano, in www.penale.it.

do tale scelta confinata in un ambito meramente economico e gestionale. Tuttavia, la giurisprudenza ha inteso, riteniamo giustamente, attribuire rilievo, coordinando con esse il dettato del d.lg. n. 231, anche a talune disposizioni codicistiche in materia di diritto societario, e in particolare all'art. 2392 c.c., il quale pone a carico degli amministratori precisi obblighi, tra cui quello di adempiere ai «doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze». Il dettato dell'art. 2392 c.c. costituirebbe il fondamento normativo sulla base del quale sarebbe possibile considerare l'istituzione dell'O.d.V. come obbligatoria all'interno dell'assetto societario dell'ente (banca), affinché le scelte gestionali degli amministratori non siano frutto di improvvisazione e conseguente causa di commissione di illeciti penali.

Da ciò, secondo i giudici milanesi, deriverebbe una certa attenuazione della facoltatività dell'adozione di un corretto e funzionale modello di vigilanza.

A prescindere comunque da quale sia la corretta interpretazione della norma testé ricordata, la disciplina legislativa deve considerarsi come incentivo alla prevenzione della commissione di reati all'interno dell'istituto bancario (e dell'ente collettivo in generale), e la sua previsione deve ritenersi costituire quel *trait d'union* tra l'aspetto personalistico e individualistico della responsabilità penale e il concorrente obbligo, a carico del soggetto onerato della costituzione dell'O.d.V., di modificare le scelte di compliance aziendale, mirando a creare un sistema interno di controlli che tenda a impedire la commissione di reati: pertanto, ove la banca volesse cogliere l'opportunità in tema di esenzione dalla responsabilità di cui agli artt. 6 e 7, d.lg. n. 231/2001, dovrà dotarsi di un proprio modello organizzativo a ciò finalizzato.

Dunque, il requisito organizzativo della banca, oggetto di adeguata rivalutazione anche da parte della più recente disciplina in materia di trasparenza bancaria⁽¹⁴⁾, diviene presidio fondamentale per una gestione interna capace di realizzare idonee procedure volte non solo a evitare la commissione di atti e fatti (penalmente e civilmente rilevanti) dannosi per la clientela, bensì a evitare anche il c.d. rischio legale e reputazionale e le relative perdite economiche.

Il modello organizzativo del d.lg. n. 231/2001 intende valorizzare la capacità di autodiagnosi della singola banca e la sua attitudine a creare regole efficienti e specifiche per prevenire tali rischi, e tali da mandare esente l'ente da ogni responsabilità.

E, ciò posto, collegando la funzione dell'O.d.V. dell'ente-banca alla possibile obbligatorietà della sua istituzione, risulta opportuno un sintetico richiamo alle «Linee Guida ABI per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa

delle banche», in cui l'Autorità di vigilanza ha reso obbligatorio un sistema integrato di controlli che permei l'intera attività aziendale, che coinvolga soggetti diversi (collegio sindacale, società di revisione, ecc.), che preveda l'adozione di un sistema di controlli a più livelli.

All'interno di ogni istituto bancario, dovrebbe essere dunque operativo un sistema di controlli teso ad assicurare: il rispetto delle strategie aziendali e il conseguimento della efficacia e dell'efficienza dei processi aziendali; l'affidabilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali; la conformità delle operazioni alle previsioni di legge (ad esempio in tema di anti-riciclaggio, ex d.lg. n. 231/2001 e successive modificazioni, ovvero in tema di tutela della privacy)⁽¹⁵⁾, alla normativa di vigilanza, nonché alle politiche, ai piani, ai regolamenti e alle procedure interne; la prevenzione dei rischi connessi a frodi e infedeltà dei dipendenti e di quelli derivanti da errori o inadeguatezza dei processi interni, delle risorse umane e dei sistemi oppure derivanti da eventi esterni.

Sulla base di tali considerazioni, gli istituti bancari debbono essere indotti, *ex lege*, a porre in essere una serie di attività relative alla c.d. governance interna volte a esercitare un'efficace azione preventiva, adottando sistemi di gestione e di controllo in grado di fornire tempestivamente segnalazioni in ordine all'insorgere di potenziali criticità, definendo, ove possibile, opportuni indicatori per le singole tipologie di rischio⁽¹⁶⁾. Dunque la legge offre la possibilità di adottare un modello che garantisca adeguatamente la salvaguardia dell'ente e, indirettamente, della propria clientela. Rimane tuttavia da valutare se l'istituzione di un adeguato modello di vigilanza, e dunque di un O.d.V. funzionale, possa essere effettivamente considerata come vera e propria scriminante o esimente, non solo penale, bensì anche civile.

Ricordiamo ancora come il legislatore delegato si sia preoccupato di attribuire rilevanza "scusante" alla preventiva adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi, tra cui appunto l'istituzione dell'O.d.V., già con riguardo ai reati dei "vertici" aziendali: la stessa Relazione governativa ha assegnato ai modelli organizzativi una "insostituibile" funzione preventiva.

A fortiori, sulla base di tali considerazioni, non possiamo non citare una recente e interessantissima pronuncia del Tribunale di Milano⁽¹⁷⁾, per la quale l'adozione di un modello organizzativo di vigilanza sarebbe attività idonea a fondare l'esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente. Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto la costituzione dell'O.d.V. come fondante una esenzione di responsabilità, in quanto il modello organizzativo era stato adottato anteriormente alla data di commissione dei reati indicati, anche e specialmente sulla base di un giudizio concernente la sua reale efficacia con valutazione "ex ante" e non "ex post", rispetto agli illeciti commessi dagli amministratori.

Se la pronuncia citata ha attribuito rilevanza non meramente

organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale sia anche quando gli autori siano stati persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno di tali soggetti, visto che le modalità di configurazione e funzionamento dell'O.d.V. assumeranno certamente rilievo anche ai fini dell'esclusione di quell'"inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza" da cui dipende la responsabilità dell'ente in caso di commissione del reato da parte di soggetti non apicali. Ricordiamo comunque, che la prova liberatoria da parte dell'ente può avere per oggetto ulteriori elementi o circostanze, quali l'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione da parte delle persone che hanno commesso il reato.

⁽¹⁷⁾ Trib. Milano, G.i.p., 17.11.2009, consultabile in www.reatisocietari.it.

⁽¹⁴⁾ Al proposito, ricordiamo le recenti Istruzioni di Banca d'Italia relative alla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale del 10.9.2009.

⁽¹⁵⁾ Vedremo, in seguito, quali e quanti punti di contatto ed analogie esistono tra la disciplina in commento e il sistema di tutela adottato dal nostro legislatore in materia di tutela della privacy.

⁽¹⁶⁾ L'O.d.V. e la relativa attività svolta divengono dunque elemento fondamentale per valutare la possibilità che l'impresa bancaria venga assoggettata alle sanzioni introdotte dal d.lg. n. 231/2001, sia quando il reato sia stato commesso da soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità

normativa, bensì applicativo-processuale alla costituzione di un O.d.V., non riteniamo peraltro che detta funzione di prevenzione generale possa essere considerata esimente anche per ciò che concerne i profili di responsabilità civile dell'ente per i danni causati a terzi dal proprio comportamento, e ciò sia in quanto non vi è nel nostro ordinamento una norma che espressamente sancisca tale effetto eliminativo, o anche solo riduttivo della responsabilità in parola, sia per l'autonoma caratterizzazione che necessariamente deve essere attribuita al profilo della responsabilità civile, pur dovendosi riconoscere come la stessa disciplina di cui al d.lg. n. 231/2001, nella sua *ratio* possa essere ricondotta ai principi ispiratori di cui all'art. 2049 c.c. Ed è proprio sul piano del rapporto tra la costituzione di un O.d.V. e la risarcibilità del danno conseguente all'attività criminosa posta in essere dall'ente che dovrà essere affrontata la problematica concernente l'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo ex d.lg. n. 231/2001 da parte del soggetto leso: la soluzione adottata, che riconosce l'impossibilità di considerare la costituzione di un O.d.V. quale condizione esimente dalla responsabilità civile, si lega strettamente alla soluzione dell'interrogativo citato, e, dunque a una fattispecie processuale in cui, in sede penale e sulla base di un medesimo fatto generatore, vanno valutate tematiche attinenti sia all'aspetto c.d. "pubblico" della sanzione che a quello "privato" risarcitorio, con riguardo a un ambito imprenditoriale, quale quello bancario, ove i diritti e gli interessi patrimoniali dei clienti possono essere oggetto di azioni illecite.

4. Dalla tutela della privacy alla normativa anticiclaggio, passando per la trasparenza bancaria. *Reductio ad unitatem*

Uno degli aspetti che possono maggiormente interessare il sistema bancario per quanto concerne l'applicazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti ha indiscutibilmente ad oggetto il settore della tutela della privacy:

la tutela del dato personale sensibile, sia esso trattato con o senza strumenti telematici, è oramai argomento sempre più spesso condotto all'attenzione dell'interprete, nonché oggetto di numerosi provvedimenti, molti dei quali elaborati direttamente dal garante della privacy, nelle forme delle linee-guida, e concernenti il particolare settore dell'attività bancaria.

Anche la recente giurisprudenza civile ha avuto modo di analizzare le problematiche concernenti ad esempio il c.d. furto di identità del dato bancario, realizzato mediante la manomissione di sistemi informatici e non, e il relativo problema della risarcibilità del danno cagionato a causa dell'omessa o inadeguata vigilanza

dell'istituto bancario che non abbia predisposto adeguate misure di prevenzione del rischio conseguente alla frode informatica. Tale problematica riteniamo investa direttamente la disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente derivante da illecito penale.

E infatti la l. 18.3.2008, n. 48, recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23.11.2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno» ha inserito nel d.lg. n. 231/2001 l'art. 24 *bis*, così estendendo la responsabilità amministrativa degli enti anche ai «Delitti informatici e [al] trattamento illecito di dati», in coerenza con i profondi cambiamenti dipendenti dalla tecnologia digitale e dalla sua rapida evoluzione⁽¹⁸⁾. Ricordiamo come l'implementazione dell'utilizzo del dato personale da parte del sistema bancario sia stata una diretta conseguenza di numerose e ragionevoli scelte legislative effettuate da parte del nostro legislatore, in base alle quali le banche sono state onerate da una serie di attività (di natura non solo formale), sia per finalità di controllo pubblico che di tutela dei diritti dei clienti, il cui adempimento, specialmente nelle ipotesi in cui un dato sia trattato con strumenti telematici, è costantemente accompagnato da rischi di gestione dello stesso, nonché di suo illecito utilizzo, rilevante ai fini della responsabilità ex d.lg. n. 231/2001.

E, infatti, l'opportunità, nonché la necessità di tutela della privacy di un soggetto, persona fisica o giuridica, che entri in contatto con l'istituto bancario sorge principalmente al momento della raccolta del dato personale, operazione questa oggi rilevante a più fini.

Ad esempio, in data 29.7.2009, la Banca d'Italia ha emanato nuove Istruzioni di vigilanza in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" e "Correttezza delle relazioni tra intermediari e i clienti", pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 210 del 10.9.2009, n. 170.

Essenzialmente, la finalità principale dell'introduzione delle nuove regole era quella di giungere a un netto miglioramento dei rapporti banca/cliente-consumatore, al fine di "plasmare" le informazioni che la banca deve trasmettere al cliente sia nella fase anteriore che al momento della conclusione del contratto al tipo di servizio e alle caratteristiche della clientela cui esso è indirizzato, unitamente a una notevole semplificazione della documentazione che gli "intermediari" debbono predisporre, insieme con la previsione di schemi standard per i prodotti "di massa" (ad es., conti correnti e mutui offerti ai "consumatori").

Dunque, ciò che dette nuove regole vorrebbero attenuare è la c.d. "asimmetria informativa" tra due contraenti - banca e cliente - dotati certamente di una diversa preparazione ed esperienza tecnica, permettendo così al cliente un reale ed effettivo controllo e confronto tra le varie offerte commerciali degli istituti bancari e ingenerando un effetto domino che possa portare a una maggiore

⁽¹⁸⁾ I nuovi reati presupposto in tema di criminalità informatica, alcuni dei quali già esistenti nel nostro codice penale, altri riformulati e altri ancora introdotti *ex novo* con la l. n. 48/2008, sono contemplati nelle seguenti norme: art. 491 *bis* - Falsità in documenti informatici; art. 615 *ter* - Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico; art. 615 *quater* - Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici; art. 615 *quinquies* - Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico; art. 617 *quater* - Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni

informatiche o telematiche; art. 617 *quinquies* - Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche; art. 635 *bis* - Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici; art. 635 *ter* - Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità; art. 635 *quater* - Danneggiamento di sistemi informatici o telematici; Art. 635 *quinquies* - Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità; art. 640 *quinquies* - Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica.

concorrenza tra gli istituti di credito, e un effetto economico certamente positivo a favore della clientela: maggiori e più semplici dovrebbero e dovranno essere i trasferimenti di conti correnti o portafogli tra istituti di credito, e minori i costi di gestione per beneficiare dei servizi bancari da parte della clientela.

La necessità di plasmare le informazioni che la banca deve trasmettere al cliente sia nella fase anteriore che al momento della conclusione del contratto alle caratteristiche della clientela a cui esse sono indirizzate ha portato ad attribuire grande rilievo al momento della raccolta del dato personale, che è divenuta la principale operazione da effettuare nella fase pre-contrattuale, onde poter inserire il cliente nella fascia adeguata, al fine di rilevare la sua qualità di cliente semplice, cliente al dettaglio o cliente consumatore.

Allo stesso modo, e per fini analoghi, il d.lg. 17.9.2007, n. 164, «Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la direttiva 93/22/CEE» (c.d. direttiva MIFID), che ha avuto per oggetto la trasparenza, la tutela del risparmio e la protezione degli investitori, nelle operazioni soggette alla disciplina del t.u.f., ha perseguito il fine di offrire servizi che tengano conto della situazione individuale e dell'esperienza finanziaria del cliente; a questo scopo è stato previsto, in particolare, il dovere di classificazione del cliente (retail o professionale) mediante la raccolta del dato personale, così che l'informazione risulti adeguata al tipo di clientela (test di appropriatezza e test di adeguatezza).

E, ancora, la recente e già citata disciplina antiriciclaggio di cui al d.lg. n. 231/2007 e successive modificazioni, avendo come fine principale quello di evitare che il sistema bancario sia strumentalmente utilizzato, anche e specialmente dalla criminalità organizzata, per fini illeciti e di riciclaggio, ha cercato di favorire l'individuazione delle operazioni sospette mediante la collaborazione passiva del cliente e la collaborazione attiva della banca quale soggetto destinatario della norma. All'uopo, la conoscenza della clientela e una sua adeguata verifica, quale operazione obbligatoria *ex lege* e basata sul rischio collegato al tipo di cliente, al rapporto di affari intrattenuto e al tipo di transazione, dovrebbe portare l'istituto bancario alla necessaria profilatura del rischio, alla registrazione delle operazioni e alla conservazione dei documenti di supporto, nonché, da ultimo, alla comunicazione dei dati acquisiti e alla segnalazione delle operazioni sospette all'Unità di informazione finanziaria.

Il raccordo tra le norme sinteticamente citate e le innovazioni apportate al d.lg. n. 231/2001 da parte della l. n. 48/2008 ci induce a sottolineare le possibili conseguenze lesive, a carico del cliente, dovute al compimento di attività illecite, tali da poter essere sottoposte alla disciplina sanzionatoria della normativa in parola, e dunque a richiamare l'attenzione sulle possibili ipotesi di causa-

zione di danni ingiusti derivanti da violazione dell'identità di ciascun individuo, oltre che da una indebita rappresentazione dell'immagine imprenditoriale, a cui si collega un eventuale, e spesso più che probabile vantaggio dell'ente creditizio.

Dunque, nel proprio modello organizzativo, l'ente banca dovrà fissare una serie di principi, progettare procedure e implementare sistemi avendo come obiettivo finale la protezione e sicurezza del proprio sistema informatico. Nel fare ciò, l'ente dovrà riservare particolare riguardo all'intero flusso comunicativo e informativo che ruota attorno a tutta la struttura aziendale, compresi anche informazioni e documenti in ingresso e uscita, puntando al raggiungimento dell'equilibrio tra la necessità di garantire la facilità di utilizzo delle risorse dell'organizzazione e la necessità di controllare l'accesso alle stesse.

Tuttavia, non riteniamo ammissibile considerare, anche e specialmente in tale ambito operativo, l'adozione di un adeguato modello *ex d.lg. n. 231, e, dunque, la costituzione di un O.d.V.* quale condizione esimente da responsabilità civile per i danni arrecati a terzi.

5. Problemi di responsabilità civile. Influssi e influenze del d.lg. n. 231/2001 sull'applicabilità dell'art. 2049 c.c.: il problema della costituzione di parte civile

Le problematiche, di rilievo principalmente penalistico, sottese alle fattispecie riconducibili alle previsioni di reato richiamate nel d.lg. n. 231/2001, in relazione ai fini e alla struttura dell'apparato sanzionatorio di natura squisitamente oggettiva in contenuto, si collegano a quelle, analizzate sia in dottrina sia in giurisprudenza, relative alla riconduzione della responsabilità dell'istituto bancario per i danni conseguenti all'esercizio della propria attività nell'alveo della sistematica della responsabilità civile dei padroni e committenti di cui all'art. 2049 c.c.⁽²⁰⁾, ove si ripropone la speculare questione, in ambito civilistico, ad esempio della responsabilità di un istituto bancario per fatto del dipendente infedele, e si collegano altresì, per ciò che concerne il problema dei danni conseguenti alle condotte riconducibili alla categoria del c.d. furto di identità, alla sistematica dell'art. 2050 c.c., concernente la responsabilità civile da attività pericolose⁽²¹⁾.

Se in relazione alla prima ipotesi, e all'interpretazione nonché corretta applicazione all'istituto bancario della responsabilità di cui all'art. 2049 c.c., la Cassazione ha recentemente dichiarato che «il rapporto di occasionalità richiesto dall'art. 2049 c.c., ai fini della responsabilità del datore di lavoro per fatti compiuti dal dipendente, può riscontrarsi anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze, o persino trasgredendo gli ordini ricevuti, purché entro l'ambito delle proprie mansioni»⁽²²⁾, in riferimento all'applicabilità della

⁽¹⁹⁾ In dottrina, cfr. MORA, *Profili civilistici della responsabilità dell'ente dipendente da reato e vicende modificative dell'ente*, in *Resp. civ.*, 2007, 1493.

⁽²⁰⁾ Lo stretto connubio che lega le due rispettive e differenti forme di responsabilità amministrativa da illecito penale e civile si può evincere direttamente dal richiamo alle prime, e tuttavia ancora illuminanti impostazioni della natura e della funzione della responsabilità *ex art. 2049 c.c.*, in base alle quali si parlava o di forma di "propagazione della responsabilità" (cfr. BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 572) o di "prestazione di garanzia" (cfr. BONVICINI, *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976, 66 ss.).

⁽²¹⁾ Sul tema, ci permettiamo di richiamare il nostro contributo *Il furto di identità nel settore bancario. Tutela normativa e profili risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2009, 806 ss.

⁽²²⁾ In tal senso, Cass. n. 6632, del 12.3.2008, in *Danno e resp.*, 2008, 1219, relativa alla responsabilità di un istituto bancario per fatto del dipendente

infedele addetto alla gestione titoli della clientela, il quale aveva utilizzato somme indebitamente apprese da conti di clienti, al fine di effettuare operazioni finanziarie mai autorizzate. Ivi, richiami a Cass., sez. lav., 6.4.2002, n. 4951, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1513, secondo cui «La responsabilità indiretta del committente per fatto dannoso del dipendente ai sensi dell'art. 2049 c.c. postula l'esistenza di un nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito e il rapporto che lega i due soggetti, nel senso che le mansioni affidate al dipendente abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno (nella specie - in cui il fatto illecito, di cui era rimasto ignoto l'autore, era consistito nella diffusione tra i dipendenti dell'azienda di apprezzamenti negativi sull'operato di un agente - la suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che, nell'affermare la responsabilità *ex art. 2049 cit.*, aveva ommesso di accertare se la diffamazione era connessa, ad esempio in virtù della conoscenza di fatti e documenti, con incombenze affidate ai dipendenti e aveva solo tratto origine nell'ambiente lavorativo, senza alcuna

disciplina di cui all'art. 2050 c.c. al caso di furto di identità, la Cassazione, con sentenza n. 3350 del 11.2.2009⁽²³⁾, pur rilevando come l'attività bancaria non possa considerarsi attività pericolosa ex art. 2050 c.c., ha affermato l'obbligo dell'istituto di effettuare tutti i controlli minimi indispensabili al fine della corretta identificazione del cliente, onde prevenire ogni possibile danno patrimoniale all'effettivo titolare del dato bancario. La connessione tra aspetti civilistici e rilevanza penale-amministrativa di un medesimo comportamento si fa ancora più evidente lì dove si tratti di valutare la portata che si possa o debba attribuire all'O.d.V. in relazione a eventuali richieste risarcitorie avanzate nei confronti dell'istituto bancario da un soggetto leso nei propri diritti e interessi patrimoniali: e detto profilo riveste ancora maggiore rilievo, da un punto di vista civilistico risarcitorio, anche e specialmente in relazione all'ulteriore problematica concernente la configurabilità e ammissibilità o non di una costituzione di parte civile, da parte di un soggetto leso, all'interno del procedimento penale pendente ex d.lg. n. 231/2001⁽²⁴⁾.

Nelle differenti correnti di pensiero, che nel corso degli anni hanno affrontato il problema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento penale ex d.lg. n. 231/2001, risulta chiaro come la tesi che nega tale opportunità trovi un suo fondamento nel riportare il danno cagionato dall'ente, per il tramite del reato compiuto da taluno dei soggetti di cui all'art. 5, non tanto nell'alveo della responsabilità diretta e autonoma ex artt. 2043-2059 c.c., quanto nell'alveo della responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., facendo discendere da quest'ultimo richiamo normativo l'impossibilità della costituzione di parte civile, non ritenendosi conciliabile la *ratio* della previsione di cui si tratta con ipotesi in cui il legislatore, per la costituzione stessa, richiede la ricostruzione di una fattispecie sulla base di una responsabilità diretta e personale nella commissione e conseguente causazione del danno, ex artt. 2043-2059 c.c.

Ci si deve dunque chiedere se il titolo di responsabilità dell'ente sia uguale o diverso da quello per il quale la persona fisica viene ad essere imputata, e ancora se sia giustificabile un'impostazione che, utilizzando la classica e ontologica differenza fra i titoli di responsabilità di cui agli artt. 2043 e 2049 c.c., impedisca la costituzione di parte civile del soggetto leso nei confronti dell'ente. Ma ancora v'è da chiedersi se il titolo di responsabilità di cui al d.lg. n. 231/2001 debba veramente essere "incasellato" in classici schemi risalenti a un periodo in cui

il principio "*societas delinquere non potest*" non ammetteva eccezioni, oppure non costituisca un nuovo e *tertium genus* a cui riportare norme già esistenti.

In risposta ai citati quesiti, in via di interpretazione, riterremo più opportuno abbandonare e superare quella netta differenziazione di posizioni che sino ad oggi ha caratterizzato l'approccio al problema dell'ammissibilità della costituzione di parte civile avendo riguardo al citato dato ontologico che differenzia i titoli di responsabilità in base all'art. 2043 c.c. o in base al successivo art. 2049 c.c., per riportare

la responsabilità in esame a un titolo di responsabilità cumulativa tra ente e individuo, riconoscendo una sorta di unicità tra condotta, evento e nesso causale in capo a due soggetti diversi (la persona fisica che materialmente ha commesso il reato e l'ente), che operano però in un unico contesto.

È chiaro dunque che, se si considera detto tipo di responsabilità come effettivamente penale, e non meramente amministrativa⁽²⁵⁾, se si interpreta l'azione criminosa sulla base di un rapporto di rappresentanza organica e se, da ultimo, si vuole dare effettiva attuazione a un principio, troppo spesso eluso dal nostro apparato giudiziario, quello dell'economia processuale, deve concludersi in senso favorevole all'ammissibilità di una costituzione di parte civile nel processo penale ex d.lg. n. 231/2001, senza che possa essere configurata una causa esimente anche per eventuali responsabilità civili: e ciò sia in base al mero dato letterale delle norme richiamate, da cui non può farsi discendere tale conseguenza, sia in base alla citata recente interpretazione della Suprema Corte secondo cui l'attività bancaria non può essere definita come attività pericolosa. Da tale ultimo assunto, riteniamo di potere trarre anche l'impossibilità, per l'ente, di ricorrere alla prova liberatoria, contemplata nell'art. 2050 c.c., consistente nella dimostrazione di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Se, dunque, la costituzione di un O.d.V. può considerarsi esimente agli effetti della responsabilità ex d.lg. n. 231/2001, allo stesso tempo non potrà invece integrare la prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c.

attinenza con le mansioni ivi svolte)», e a Cass., sez. I, 20.3.1999, n. 2574, in *Danno e resp.*, 1999, 1021, secondo cui «La responsabilità indiretta di cui all'art. 2049 c.c. per il fatto dannoso commesso da un dipendente postula l'esistenza di un rapporto di lavoro ed un collegamento tra il fatto dannoso del dipendente e le mansioni da questi espletate, senza che sia, all'uopo, richiesta la prova di un vero e proprio nesso di causalità, risultando sufficiente, viceversa, l'esistenza di un rapporto di "occasionalità necessaria", da intendersi nel senso che l'incombenza svolta abbia determinato una situazione tale da agevolare e rendere possibile il fatto illecito e l'evento dannoso, e ciò anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze, o persino trasgredendo gli ordini ricevuti, purché sempre entro l'ambito delle proprie mansioni (nella specie, l'attore aveva chiesto la condanna di una banca alla restituzione di una somma di danaro da lui versata presso una delle filiali dell'istituto - onde consentirne il corrispondente accredito in suo favore all'estero - ma mai accreditatagli dalla banca stessa, mentre l'istituto si era difeso sostenendo la propria estraneità al rapporto per infedeltà del direttore della filiale - denunciato per truffa ed appropriazione indebita - che aveva materialmente ricevuto la somma; il giudice di merito, ritenuto che, per un verso, le operazioni di versamento degli assegni circolari per l'importo della somma poi richiesta in restituzione dall'attore, eseguite nei locali della filiale della banca, rientrassero nella normale attività di quest'ultima, e che detti assegni erano stati materialmente consegnati al direttore preposto alla filiale stessa, il quale non aveva, dal suo canto, agito a titolo personale, ha ritenuto responsabile l'istituto di credito convenuto, con decisione confermata dalla suprema Corte che ha sancito, nella specie, il principio di diritto di cui

in massima)». Con pronuncia meno recente, ma particolarmente significativa per quanto riguarda il tema della responsabilità della banca ex art. 2049 c.c., ricordiamo, ancora, App. Milano, 28.12.1984, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, ove si è stabilito che la banca trattaria risponde dei danni cagionati, all'impresa di credito negoziatrice, da una erronea comunicazione telefonica di bene fondi, fornita da un proprio dipendente, anche se costui abbia agito dolosamente.

⁽²³⁾ In *Resp. civ.*, 2009, 806 e ss.

⁽²⁴⁾ Sul punto, *ex multis*, in dottrina, nel senso dell'inammissibilità della costituzione di parte civile, v. BRICCHETTI, *Cautela di natura patrimoniale già assicurate dal codice di procedura*, in *Resp. e risarcimento*, 2008, 5, dossier, XIV. *Contra*, per la tesi che ammette la costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato, v. PULITANO, *Ma lo strumento è coerente con il sistema dei rapporti tra azione civile e rito penale*, in *Resp. e risarcimento*, 2008, 5, dossier centrale; ZANCHETTI, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte civile*, in *Guida dir.* 2008, 25, 81, in nota a Trib. Milano, sez. II, 18.4.2008. Si vedano altresì i contributi di DOVERE, *La costituzione di parte civile nel processo contro l'ente per i reati previsti dall'art. 25 septies d.lg. n. 231/2001*, in *Resp. amm. società e enti*, 2008, f. 3, 81; TESORIERO, *Sulla legittimità della costituzione di parte civile contro l'ente nel processo ex d.lg. n. 231 del 2001* (Nota a G.u.p. T. Milano, 18.1.2008 e G.u.p. Trib. Milano, 24.1.2008), in *Cass. pen.*, 2008, 3865.

⁽²⁵⁾ In tale ultimo senso, MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche - Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 445.