

Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 7 - luglio 2015

PLENUM

rivista231.it

Sommario

| | |
|---|-----------|
| 1. AMBIENTE E SICUREZZA | 3 |
| <i>di Marina Zalin</i> | |
| 2. ANTICORRUZIONE | 5 |
| <i>di Ranieri Razzante</i> | |
| 3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA | 7 |
| <i>di Ciro Santoriello</i> | |
| 4. NORME E ATTI | 18 |
| <i>di Andrea Ferrero</i> | |
| 5. PRIVACY | 19 |
| <i>di Patrizia Ghini</i> | |
| 6. PROFILI INTERNAZIONALI | 22 |
| <i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i> | |
| 7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI | 25 |
| <i>di Carlo Manacorda</i> | |

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Infortunati sul lavoro, rapporto tra concetto di produttività e responsabilità amministrativa da reato

Con la recentissima sentenza n. 31003 del 16 luglio 2015 la Cassazione Penale torna nuovamente a definire i concetti di interesse e vantaggio, quali presupposto logico della responsabilità amministrativa da reato degli enti, di cui al D.Lgs. 231/01.

Nel caso di specie si contestava la violazione dell'art. 25-septies del D.Lgs. cit. in relazione al reato di lesioni colpose aggravate dall'inosservanza di normativa antinfortunistica, fattispecie per l'appunto prevista come reato-presupposto.

La vittima aveva riportato una grave frattura della mano in seguito allo scarico di una grossa bobina di carta, operazione che doveva essere svolta in collaborazione con altro dipendente.

Mentre il collega operava dietro a una consolle, la vittima doveva manualmente sganciare i mandrini che fissavano l'albero della bobina alla macchina: nell'occasione la vittima aveva sganciato il mandrino sinistro con la mano destra (invece che con la sinistra, come regola e logica vorrebbero) mentre il collega azionava lo sgancio, motivo per il quale la mano destra rimaneva schiacciata dalla bobina.

L'attività del lavoratore era ritenuta sì impropria, ma non del tutto imprevedibile o abnorme, di modo che – comunque – il datore di lavoro potesse e dovesse prevederla, allestendo altresì dei sistemi per i quali lo scarico della bobina potesse avvenire solo su azionamento congiunto dei due operai e non da parte di uno solo.

La sentenza di merito ravvisava, altresì, un vantaggio per l'ente, che veniva condannato, consistente nel rilievo che l'attuale "esposizione a proprio rischio del lavoratore fosse congeniale alle modalità di produzione scelte nel suo interesse".

Ricorrevano quindi per Cassazione sia l'imputato – censurando l'abnormità della condotta della persona offesa tale da interrompere il nesso causale – sia l'ente, il quale aggiungeva al predetto motivo una doglianza in merito alla sussistenza e all'identificazione del vantaggio (presupposto per la responsabilità da D.Lgs. 231/01).

Sul primo punto la Corte riconosce una condotta imprudente del lavoratore, ma non tale da essere ritenuta abnorme e quindi da interrompere il nesso causale: al datore di lavoro spettava, infatti, di introdurre un dispositivo di sicurezza solo posteriormente adottato.

Sul secondo punto, invece, la pronuncia torna sul tema del vantaggio dell'ente ex art. 5 D.Lgs. 231/01.

Il vantaggio va considerato, nella prospettiva economica dell'ente, non solo come risparmio diretto di spese per la mancata adozione di presidi, ma anche come aumento della produttività del lavoratore che non è "ostacolato" dal pedissequo rispetto di procedure più sicure e – per contro – più lente.

Anche lo "sveltimento dell'attività lavorativa" assurge quindi a criterio per la definizione del vantaggio dell'ente, poiché il rispetto della normativa antinfortunistica e l'utilizzo dei presidi previsti per legge avrebbe senz'altro l'effetto di rallentare la produttività.

L'inferenza logica è quindi immediata: maggiore produttività, maggiore potenzialità economica, vantaggio per l'ente, responsabilità amministrativa da reato.

Diventa quanto mai vero, quindi, che il tempo è denaro. Un conto è il risparmio diretto dell'adozione di alcune misure (si pensi al dispositivo di bloccaggio azionato congiuntamente, come da narrativa), un altro è identificare un vantaggio nella migliore produttività del lavoratore.

Interessante sarà vedere se vi saranno ulteriori pronunce in tal senso, soprattutto in merito alla difficile quantificazione dell'aumento di produttività del lavoratore dovuto al mancato rispetto di quanto invece previsto. Se lo stesso dovesse avere natura esigua potrebbe nuovamente trovare cittadinanza l'orientamento giurisprudenziale, di cui si è già dato atto con la Circolare 231, che tende a escludere l'esistenza di un vero e proprio interesse o vantaggio.

Altro rilievo critico su cui riflettere è l'idoneità del parametro "produttività" a integrare la nozione di "vantaggio": esso senz'altro esprime una relazione diretta tra "lavoro e ore di lavoro", ma non è automaticamente fonte di ricavo patrimoniale per l'ente o espressione di un evidente vantaggio.

Basti pensare al caso in cui un aumento produttivo (dovuto al mancato rispetto di norme di sicurezza) sia di fatto inutile per l'azienda in ragione della complessità e della diversa portata dei macchinari inseriti nel contesto dei fattori produttivi.

Il tema sarà senz'altro controverso e meriterà ulteriori approfondimenti.

ANTICORRUZIONE

di **Ranieri Razzante**, **Docente di Intermediazione finanziaria e Legislazione Antiriciclaggio presso l'Università di Bologna**

Amministrazione e trasparenza: l'ANAC approva le nuove Linee guida

Con Determinazione del 17 giugno 2015 n. 8, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha definitivamente approvato le "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", poste in consultazione pubblica dal 25 marzo al 15 aprile.

Dette linee guida hanno come obiettivo quello di orientare gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato controllati e partecipati, direttamente e indirettamente, da pubbliche amministrazioni nell'applicazione della normativa anticorruzione, nonché di definire le implicazioni che ne discendono, anche in termini organizzativi, per detti soggetti e per le amministrazioni di riferimento.

L'ANAC precisa che le amministrazioni controllanti sono chiamate ad assicurare che le società di cui sopra, se non vi abbiano finora provveduto, debbano adottare un modello di organizzazione e gestione ai sensi del D.lgs. 231/2001, nonché di integrare il modello di organizzazione con il sistema e le finalità di cui alla legge n. 190/2012, che trova applicazione in relazione a situazioni diverse rispetto al 231/01, inerenti casi di "mala gestio".

Già il Piano nazionale anticorruzione (PNA), approvato dall'ANAC con delibera n. 72 del 2013, aveva previsto l'applicazione di misure di prevenzione della corruzione negli enti di diritto privato in controllo pubblico e partecipati da pubbliche amministrazioni, anche con veste societaria, e negli enti pubblici economici.

A seguito dell'approvazione del PNA, tuttavia, la normativa anticorruzione prevista dalla legge n. 190 del 2012 e dai decreti delegati ha subito significative modifiche da parte del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. In particolare, è stato ridisegnato l'assetto istituzionale incentrando nell'ANAC, e nel suo Presidente, il sistema della regolazione e della vigilanza in materia di

prevenzione della corruzione. È stato inoltre attribuito alla sola ANAC il compito di predisporre il PNA.

Tra le altre principali modifiche è da ricordare l'art. 24 bis del d.l. del 24 giugno 2014 n. 90, intervenuto sull'art. 11 del d.lgs. n. 33/2013 ("Ambito soggettivo di applicazione"), che ha esteso l'applicazione della disciplina della trasparenza, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, agli "enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

Nel contempo, il medesimo articolo ha previsto che alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni "in caso di partecipazione non maggioritaria, si applicano, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190".

Quindi, le disposizioni in questione intervengono in un quadro normativo già di per sé particolarmente complesso, il cui ambito soggettivo di applicazione ha dato luogo a numerose incertezze interpretative, oggi solo in parte risolte a seguito della modifica dell'art. 11 del D.lgs. n. 33 del 2013.

Le presenti Linee guida, innanzitutto, incidono sulla disciplina già prevista dal PNA e ne comportano una rivisitazione. Pertanto, vista la coincidenza delle questioni trattate, le Linee guida integrano e sostituiscono, laddove non compatibili, i contenuti del PNA in materia di misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza che devono essere adottate dagli enti pubblici economici, dagli enti di diritto privato in controllo pubblico e dalle società a partecipazione pubblica.

Particolarmente vasto è altresì l'ambito soggettivo di applicazione delle norme. Nel solo settore degli enti controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni, sulla base dei dati comunicati dalle stesse amministrazioni al MEF al 31 dicembre 2012, le amministrazioni centrali partecipano, direttamente o in via indiretta, in 423 enti a cui si aggiungono i 17 partecipati dagli enti previdenziali. Le amministrazioni locali hanno dichiarato di detenere, direttamente o in via indiretta, 35.311 partecipazioni che insistono su 7.726 enti. Le strutture organizzative e i modelli giuridici degli enti in questione sono vari e diversificati.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

di **Ciro Santoriello, Sostituto Procuratore presso il Tribunale di Torino**

La circolare di Confindustria sul nuovo reato di autoriciclaggio e la responsabilità degli enti collettivi: alcuni pericolosi equivoci

1. Di recente è stata diffusa la circolare di Confindustria n. 19867 in tema di responsabilità degli enti e reato di autoriciclaggio. Tale documento paventa alcune comprensibili preoccupazioni sulla futura sfera applicativa del delitto di cui al nuovo art. 648-ter.1 c.p., ma nella seconda parte espone alcune considerazioni sulla responsabilità degli enti – e quindi fornisce alcuni suggerimenti per l'adeguamento dei modelli organizzativi – nient'affatto condivisibili ed anzi frutto di un evidente scorrettezza nella interpretazione della nuova fattispecie incriminatrice.

2.1. Con riferimento al primo aspetto, si comprendono bene le perplessità che Confindustria esprime rispetto ai rapporti fra delitto di autoriciclaggio e gli illeciti tributari considerati quali reati presupposto dell'attività di laudering.

Il pericolo considerato discende dalla consolidata opinione della giurisprudenza secondo cui oggetto dell'attività di (auto)riciclaggio possono essere «tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile. In esse devono farsi rientrare non solo quegli elementi che incrementano il patrimonio dell'agente, ma anche quelle attività fraudolente [come per l'appunto si verifica per i reati tributari] a seguito delle quali l'agente impedisce che il proprio patrimonio s'impovertisca ». Da tali impostazione derivano conseguenza di non scarso rilievo, giacché – come appunto paventa la Circolare in esame - restando il risparmio d'imposta dovuto all'evasione confuso nel patrimonio sociale, ogni utilizzo che il contribuente fa del suo patrimonio, dopo l'evasione fiscale che gli ha consentito di non depauperarne l'importo, potrebbe concretare una fattispecie di autoriciclaggio, per cui risponderebbe del delitto di cui all'art. 648-ter.1 c.p. l'amministratore della società quando, successivamente alla violazione tributaria, paghi i propri dipendenti, dovendo ritenersi che tale pagamento avvenga (anche) utilizzando i proventi del delitto fiscale.

Sul punto possiamo però venire incontro alle preoccupazioni dell'associazione di categoria, non limitandoci a richiamare prudenza nell'applicazione della nuova fattispecie incriminatrice, ma cercando di dimostrare come la suddetta interpretazione della stessa sia insostenibile.

2.2. La nostra riflessione origina dalla lettura di una non lontana decisione delle Sezioni Unite, la sentenza 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, che ha affrontato un tema apparentemente estraneo all'argomento di nostro interesse essendosi la decisione soffermata sulla possibilità di sottoporre a sequestro preventivo e poi eventualmente a confisca beni di una società il cui amministratore o legale rappresentante avesse commesso illeciti penali tributari in relazione a pretese che l'erario vantava nei confronti dell'ente collettivo da lui diretto.

La questione trae origine dalla possibilità di applicare – a seguito della previsione di cui all'art. 1, comma 143, lg. n. 244 del 2007 - l'art. 322-ter c.p. e l'istituto della confisca di valore a tutte le fattispecie incriminate contemplate dal d.lgs. n. 74 del 2000, con l'unica eccezione del delitto di cui all'art. 10. La circostanza che la confisca per equivalente sia stata introdotta in ambito penal-tributario a mezzo di un rinvio alla norma del codice penale e non con una previsione apposita è stata tuttavia foriera di alcuni inconvenienti; in particolare, tale impostazione ha impedito di considerare la peculiare circostanza, tipica degli illeciti fiscali, che vede assai spesso l'autore del reato fiscale non coincidere affatto con il beneficiario dell'evasione, come accade ogniqualvolta il contribuente sia una persona giuridica: in tali casi, infatti, l'autore del reato (persona fisica) diverge dal contribuente che incamera il profitto del reato fiscale, di talché ci si domanda se ed in quali circostanze una tale divergenza possa incidere sull'individuazione del soggetto destinato ad essere bersaglio della misura ablativa. Detto altrimenti, posto che la confisca di valore può aggredire solo beni di cui il responsabile dell'illecito ha la disponibilità, ci si chiedeva, prima della decisione delle Sezioni Unite, se fosse possibile far ricorso a tale istituto allorquando si fosse in presenza del suddetto sdoppiamento tra l'autore del fatto e patrimonio conseguito a mezzo del reato e nella disponibilità del contribuente evasore.

Sul punto le Sezioni Unite hanno distinto fra la confisca diretta del profitto di reato e la confisca per equivalente, ed ha affermato che mentre il primo provvedimento potrebbe essere assunto nei confronti di una persona giuridica quando il reato tributario sia stato realizzato dal suo amministratore o legale rappresentante, nella medesima circostanza

sarebbe invece preclusa l'adozione del provvedimento coercitivo per equivalente. Ciò posto – e questa parte della decisione è di assoluto interesse per il tema che stiamo esaminando - secondo le Sezioni Unite, laddove il profitto del reato consista in somme di denaro o in altri beni fungibili il provvedimento ablatorio assumerebbe la natura – non di confisca per equivalente, ma – di confisca diretta e quindi lo stesso sarebbe senz'altro adottabile anche nei confronti di una società in relazione ad illeciti tributari commessi dalla persona fisica che l'amministra e la dirige.

La ragione di questo diverso ambito di operatività fra confisca diretta e confisca per equivalente risiederebbe nel fatto che in caso di adozione della prima figura di confisca – che come detto è il provvedimento che deve assumersi quando l'apprensione coattiva riguardi somme di denaro – la società non viene privata di beni equivalenti al profitto da lei ottenuto a seguito della commissione del reato ma la confisca colpisce proprio il medesimo profitto conseguente alla realizzazione dell'illecito; queste riflessioni invece secondo la Suprema Corte non sarebbero utilmente richiamabili con riferimento alla confisca per equivalente – ed al relativo sequestro preventivo -, che è provvedimento legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione.

Le conseguenze che da tale importante decisione possono trarsi con riferimento al tema che ci occupa ci sembrano facilmente desumibili. Secondo la Cassazione, infatti, in caso di illeciti tributari – il cui profitto è rappresentato dalla somma di denaro risparmiata evadendo le tasse - commessi dall'amministratore di una società a vantaggio di questa sarà sempre possibile sequestrare e poi confiscare in via diretta (e non per equivalente) la parte di patrimonio della persona giuridica corrispondente all'imposta non pagata e ciò in quanto – come espressamente si legge nella predetta pronuncia – “non è necessario che la adozione [di tale provvedimento ablatorio] sia subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare”. Trasportando queste considerazioni con riferimento alla tematica dei rapporti fra autoriciclaggio e reato tributario presupposto ne segue che il profitto dell'illecito fiscale va senz'altro rinvenuto, senza alcuna necessità di una specifica individuazione, nel patrimonio dell'impresa ed in particolare

nella parte di valore di quel patrimonio corrispondente all'imposta non pagata, sicché ogni attività di impiego, sostituzione, trasferimento che poi il contribuente infedele vada ad operare sul suo patrimonio realizza un'ipotesi di autoriciclaggio: in sostanza, con l'illecito fiscale il singolo ottiene un profitto pari all'imposta evasa, tale profitto si confonde con la totalità del suo patrimonio ed attribuisce a tale patrimonio un'origine illecita sicché quando sul valore di tale patrimonio vengano realizzate alcune delle condotte descritte dall'art. 648-ter.1 c.p. si sarà in presenza della relativa fattispecie criminosa.

Fin qui, come detto, il ragionamento della Cassazione può essere condiviso. Se il reato tributario comporta un profitto in capo al soggetto agente e tale profitto è rappresentato dalle somme non versate all'Erario, non vi è alcuna necessità di individuare, nella cassa dell'azienda, quali siano specificatamente le somme risparmiate e quindi di provenienza illecita: il provento di reato potrà ben essere identificato in termini di valore – pari al corrispettivo non versato – o, eventualmente, in termini percentualistici – l' $x\%$ del patrimonio dell'impresa che sarebbe dovuto andare a vantaggio della collettività – e quindi l'utilizzo (di parte) del patrimonio aziendale può sussumersi sotto la fattispecie di cui all'art. 648-ter.1 c.p., non avendo alcun senso logico né alcun rilievo giuridico chiedersi se le somme del patrimonio utilizzate fossero quelle corrispondenti al risparmio di imposta derivante dal reato presupposto.

Tuttavia, da queste riflessioni non segue affatto la correttezza della conclusione che se ne vuole derivare, in base alla quale, tornando all'esempio già formulato, Tizio è un contribuente infedele ed ha evaso 10, sicché il suo patrimonio, pari a 100, ma che sarebbe dovuto essere di 90 (ovvero la differenza fra l'originario valore di 100 cui andava sottratto il valore, 10, dell'imposta poi non pagata), è parzialmente di provenienza illecita e quindi quando utilizza parte del suo patrimonio – anche per obiettivi leciti, come il pagamento delle maestranze o dei fornitori – compie un'attività di impiego sussumibile nel delitto di riciclaggio.

Questa conclusione è scorretta ed affrettata e soprattutto non rispettosa del dato normativo di cui all'art. 648-ter.1 c.p.. In particolare, la tesi suddetta non valorizza adeguatamente la capacità selettiva del dato modale dell'azione tipizzata nel primo comma dell'art. 648-ter.1 c.p., ovvero la sua idoneità ad ostacolare in concreto l'individuazione della provenienza illecita dei beni, così da addivenire a soluzione interpretative ragionevoli giacché quando il risparmio fiscale, provento del reato presupposto, resta confuso nel patrimonio del contribuente, senza uscirne verso terze destinazioni, ma

venendo reimpiegato anche in attività economiche – pertanto non rientranti nella clausola d’esclusione di cui al comma 4 – che costituiscono l’ordinaria attività aziendale, non potrà certo ritenersi che tale condotta sia idonea ad ostacolare concretamente l’identificazione delittuosa del bene. Detto altrimenti, la condotta sopra descritta dell’imprenditore che paghi i propri dipendenti anche grazie ai proventi dell’evasione (nel senso che laddove avesse adempiuto all’obbligo tributario non avrebbe potuto effettuare gli altri pagamenti) non è autoriciclaggio perché non frappone alcun impedimento circa l’individuazione della provenienza delittuosa di tali beni. Che tale impedimento non sussista non è una nostra valutazione, ma è conclusione imposta dalla medesima decisione delle Sezioni Unite Gubert, la quale, nell’affermare, come detto, che è possibile procedere a confisca diretta della parte del patrimonio dell’azienda corrispondente all’imposta evasa dal rappresentante legale, fonda tale affermazione sulla tesi – in realtà non nuova nella giurisprudenza di legittimità e formulata in precedenza dalle stesse sezioni unite (Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Focarelli) - secondo cui “la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale”.

In sostanza, secondo la sentenza Gubert, quando il profitto di un illecito penale sia rappresentato dall’acquisizione di una somma di denaro che poi viene fatta confluire nell’intero patrimonio del singolo, per procedere a sequestro e confisca di tale profitto il giudice non ha alcun interesse ad individuare – nell’ambito delle disponibilità economiche del reo – la parte di denaro specificatamente derivante dal quel determinato reato: ciò che interessa in questi casi è determinare il valore del profitto e quindi il corrispondente importo da sottoporre a vincolo. A tale conclusione le Sezioni Unite giungono sulla base di una affermazione ovvia: il profitto di un illecito, quando costituito da una somma di denaro, va individuato in ragione del suo valore e non in ragione dell’individualità delle singole banconote o monete che ne compongono l’importo, sicché non può dirsi che di tale profitto si perda traccia quando la componente monetaria dello stesso vada a confluire in un patrimonio più vasto, giacché in tal caso i proventi del crimine rimangono comunque individuabili – all’interno del più ampio patrimonio in cui sono immessi - in ragione del loro valore.

Se però questa ricostruzione è corretta e della stessa la Cassazione si avvale per asserire che il sequestro o la confisca di somme di denaro non assume mai carattere di sequestro o confisca per equivalente ma è sempre

un provvedimento ablatorio che colpisce in via diretta il profitto del reato, allora bisogna farne coerente applicazione anche nella ricostruzione delle condotte di riciclaggio, le quali non possono consistere nella semplice reimmisione o riutilizzo delle somme risparmiate con l'evasione all'interno del patrimonio aziendale. Detto altrimenti, se una somma di denaro rappresentante il provento di un crimine non perde la sua individualità anche quando viene a confondersi nel patrimonio del criminale, allora la medesima conclusione deve assumersi quando tale circostanza venga valutata nell'ottica dell'art. 648-ter.1 c.p. in relazione ad un illecito tributario; di conseguenza, l'imprenditore che, dopo non aver adempiuto l'obbligo tributario, investa nella sua azienda - o comunque sopporti spese, come appunto il pagamento dei dipendenti - un importo di valore pari all'imposta evasa altro non fa che far confluire tale risparmio di spesa nel patrimonio della società e con ciò non dà certo al denaro non versato al fisco una destinazione tale da renderne non accertabile il beneficiario finale ed inaccessibile l'apprensione da parte del Fisco – tanto è vero che la stessa Cassazione a Sezioni Unite ammette in questo caso la possibilità di sottoporre a sequestro, nel patrimonio aziendale, una somma di valore corrispondente all'imposta evasa, presupponendo per l'appunto che non vi è stato alcun trasferimento o sostituzione o impiego delle somme originarie.

3.1. Assolutamente incomprensibile - in relazione alle logiche seguite nell'interpretazione della norma incriminatrice – è la seconda parte della Circolare, laddove, con riferimento alla disciplina in tema di responsabilità degli enti, si suggerisce di considerare il novero dei reati presupposto del delitto di autoriciclaggio come piuttosto ristretto, riferito ai soli delitti che già di per sé considerati fondano ai sensi degli artt. 24 ss. d.lg. n. 231 del 2001, la responsabilità da reato della persona giuridica. In sostanza, la persona giuridica risponderebbe di autoriciclaggio solo se il delitto presupposto di tale illecito rientra nel novero degli illeciti previsti già in precedenza dal d.lg. n. 231 del 2001: la ragione di tale limitazione sarebbe essenzialmente quella di evitare un eccessivo – ed un non arginabile – ampliamento delle ipotesi di responsabilità da reato delle società, le quali peraltro solo aderendo a tale interpretazione potrebbe prefigurare modelli organizzativi idonei ad evitare l'insorgere di una propria responsabilità ai sensi del d.lg. n. 231 del 2001.

3.2. Nessuna delle considerazioni svolte dalla circolare pare corretta o sostenibile sul piano logico.

Quanto all'aspetto normativo, la suddetta conclusione si pone chiaramente *contra legem*: la tesi secondo cui il reato base da cui l'autoriciclatore ricava il denaro che mette a disposizione della società deve essere necessariamente ricompreso fra gli illeciti del catalogo di cui agli artt. 24 ss. d.lg. n. 231 del 2001 è chiaramente smentita dal dato normativo che in alcun modo richiede che il requisito in parola. – così come nulla giustifica l'affermazione, formulata in dottrina, secondo cui il reato da cui germina la successiva operazione di *laudering* deve essere stato posto in essere nell'ambito dell'attività imprenditoriale svolta dall'azienda che il reato di autoriciclaggio ha successivamente avvantaggiato.

La tesi che stiamo criticando si basa su un presupposto infondato, in base alla quale nel sistema del decreto del 2001 l'autoriciclaggio dovrebbe rilevare solo in quanto strumentale rispetto alla politica d'impresa della persona giuridica, la quale sceglie di perseguire i propri obiettivi imprenditoriali assumendo (anche) condotte delinquenziali; di contro, di una responsabilità del soggetto collettivo non sarebbe da discutere quando lo stesso venga occasionalmente coinvolto, nella piena inconsapevolezza dei suoi organi dirigenziali, in un'operazione di riciclaggio orchestrata da alcuni suoi dipendenti o dirigenti che in una determinata circostanza utilizzino le strutture della società per occultare la provenienza delittuosa di denaro o altri tipologie di beni. Di contro, la prassi evidenzia come nella gran parte dei casi l'utilizzo delle strutture societarie per ripulire proventi di provenienza criminale può essere un episodio isolato, contingente, nient'affatto qualificabile come espressione di un consolidato "modo di essere e di operare" della persona giuridica.

E' facile esemplificare quanto andiamo asserendo: l'amministratore di un'impresa realizza un qualsivoglia reato nel suo esclusivo interesse - ad esempio, circonviene una sua lontana ed anziana parente, facendosi donare una rilevante parte del suo patrimonio – e successivamente conferisce tale somma nel patrimonio dell'ente da lui gestito, nell'intento di occultarne la provenienza ed al contempo nella consapevolezza che grazie a tale conferimento l'impresa aumenterà gli utili conseguenti allo svolgimento della sua attività commerciale e quindi egli stesso ne ricaverà un vantaggio economico; la società, dal suo canto, riceve ed accetta tale conferimento senza porre in essere adeguate procedure per accertare l'origine dei beni, consentendo così al singolo di ottenere il primario obiettivo della sua condotta ovvero la "ripulitura" del denaro.

Rispetto a tale vicenda – il cui verificarsi è tutt'altro che raro – il dato normativo non è di alcun ostacolo all'affermazione della responsabilità della

società per la violazione dell'art. 25-octies d.lg. n. 231 del 2001: si è infatti in presenza di una realizzazione di un reato – presupposto (ovvero il delitto di autoriciclaggio – ma le conclusioni non cambierebbero laddove si fosse in presenza di una condotta di riciclaggio o reimpiego ex artt. 648-bis e 648-ter c.p. -, a sua volta successivo alla violazione dell'art. 643 c.p.) cui si accompagna l'incapacità dell'ente – sicuramente avvantaggiato dalla condotta di laudering - di evitare che la sua struttura organizzativa venga utilizzata per il raggiungimento di finalità illecite da parte di suoi dirigenti. E' vero che nell'ipotesi da noi formulata la posizione della società, all'interno della complessiva vicenda di riciclaggio, è marginale e l'ideazione e la realizzazione dell'intero episodio criminoso è da attribuirsi esclusivamente alla volontà del singolo, che, in qualche modo, strumentalizza per i suoi fini la struttura aziendale di cui fa parte, ma tale circostanza non incide affatto sulla sussistenza della responsabilità della persona giuridica.

3.3. Assolutamente infondata è poi la tesi secondo cui – seguendo la nostra impostazione - dopo l'introduzione del delitto di autoriciclaggio nel novero degli illeciti presupposto per la responsabilità da reato degli enti vi sarebbe il rischio che la redazione dei modelli organizzativi possa assumere caratteri di eccessiva complessità.

A tale conclusione la Circolare perviene evidenziando come il delitto di cui all'art. 648-ter.1 c.p. presupponga la previa commissione di un ulteriore illecito sicché una società che voglia cautelarsi dal rischio di essere coinvolta in attività di laudering dovrebbe in realtà predisporre un compliance program inteso ad arginare – non la violazione del solo art. 648-ter. 1 c.p., bensì – la commissione di qualsiasi tipologia di reato da cui possa originare il profitto su cui si eserciterà la condotta di riciclaggio. Nell'ottica ora esposta, evidentemente acquisterebbe nuova validità anche la tesi che abbiamo contestato nel paragrafo precedente e secondo cui intanto si avrebbe un'attività di autoriciclaggio rilevante ai sensi del decreto n. 231 in quanto il reato da cui deriva l'utilità reimpiegata rientri a sua volta fra gli illeciti considerati negli artt. 24 ss. d.lg. n. 231 del 2001 o comunque sia stato commesso nell'interesse della medesima società coinvolta nell'attività di laudering: opinando diversamente, infatti - ovvero riconoscendo la responsabilità della società ex art. 25-octies d.lg. n. 231 del 2001 ogni qualvolta la stessa risulti beneficiata di una condotta di riciclaggio quale che sia il reato da cui origina il profitto reimpiegato -, si perverrebbe ad un inaccettabile ampliamento delle ipotesi di colpevolezza degli enti collettivi e perderebbe anche di senso la predisposizione da parte

del legislatore del catalogo di reati presupposto indicato negli artt. 24 ss. d.lg. n. 231 del 2001, considerato che qualsiasi illecito – una volta che il relativo profitto venga ad essere riciclato – potrebbe giustificare la ritenuta reità della persona giuridica.

In realtà, nessuna di tali considerazioni ci sembra fondata. Assolutamente opinabile è l'ultima considerazione, relativa alla circostanza che l'inserimento della fattispecie di autoriciclaggio fra gli illeciti presupposto ex decreto n. 231 del 2001 determinerebbe un sostanziale abbandono della scelta del legislatore di individuare un numero chiuso di ipotesi di reato idonee a fondare la responsabilità dell'ente: a prescindere dalla circostanza che l'opzione di configurare una responsabilità da reato delle società in termini generali, senza vincolarla alla violazione di specifici precetti penali – laddove espressamente formulata in sede normativa – non avrebbe nulla di censurabile, essendo anzi una metodologia di repressione delle condotte criminose delle persone giuridiche presente in gran parte degli ordinamenti stranieri, ci pare evidente che chiamare una società a rispondere per il fatto di essere stata avvantaggiata dalla condotta di riciclaggio tenuta a suo favore da un dirigente sia cosa ben diversa dal fondare il giudizio di colpevolezza dell'ente sul previo crimine – di qualsivoglia tipologia – commesso da uno dei soggetti richiamati dagli artt. 5 e 6 d.lg. n. 231 del 2001.

In sostanza, l'art. 25-octies d.lg. n. 231 del 2001 punisce la società che ha tratto un beneficio dall'attività di laudering tenuta da soggetti a lei facenti capo e che ha agevolato la condotta di costoro non avendo saputo impedire – per carenze organizzative interne – che il suo patrimonio venisse utilizzato per occultare la provenienza illecita dei capitali ivi investiti; è invece indifferente, ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al d.lg. n. 231 del 2001 tanto la natura dell'illecito da cui il provento criminale ha avuto origini quanto il fatto che l'ente non abbia saputo evitare la realizzazione di tale illecito base.

Si potrà forse sostenere che un buon metodo per prevenire fatti di autoriciclaggio è cercare di arginare la commissione dei reati da cui deriva il profitto da reimpiegare sicché la società che voglia evitare di rispondere ai sensi del citato art. 25-octies dovrebbe predisporre modelli organizzativi in grado di evitare il suo coinvolgimento in qualsiasi condotta criminosa assunta dai suoi organi apicali o da altri suoi dipendenti. Anche questa conclusione – che ci pare volutamente paradossale e parossistica – è però tutt'altro che condivisibile.

In realtà, l'impatto del nuovo reato sui compliance models riguarda esclusivamente il controllo sulla movimentazione dei flussi finanziari che provengono alla società, nel senso che l'ente che sia in grado di accertare adeguatamente la (lecita o illecita) provenienza di somme di denaro che terzi chiedono di investire nel suo patrimonio è sicuramente in grado di evitare di essere sanzionato ai sensi del citato art. 25-octies. In particolare, i modelli organizzativi dovranno strutturarsi secondo una duplice modalità, a seconda della provenienza della risorsa economica ovvero se essa perviene dall'esterno della società o invece si sia in presenza di un utilizzo delle provviste (eventualmente) illecite formatesi all'interno dell'ente.

Nel primo caso, l'innovazione rappresentata dall'inserimento del reato di autoriciclaggio fra gli illeciti presupposti della responsabilità dell'ente ci pare non ponga davvero alcun problema di aggiornamento dei cosiddetti Modelli Organizzativi e delle procedure organizzative interne e questo perché le procedure ed i principi di comportamento già adottati dagli enti per prevenire il rischio di incorrere nella «responsabilità amministrativa» per la commissione dei reati ex artt. 648, 648-bis e 648-ter c.p., possono risultare efficaci anche per il contrasto del reato di autoriciclaggio, per cui ciascuna società potrà far riferimento nella parte del modello organizzativo dedicata al reato di autoriciclaggio ai principi di comportamento e ai presidi già implementati per la prevenzione delle suddette fattispecie incriminatrici.

Leggermente più complesso il ragionamento da svolgere invece con riferimento all'utilizzo di fondi concretante riciclaggio di risorse illecite (già) interne all'ente. In questo caso infatti occorre differenziare la tipologia di illeciti da cui origina il denaro oggetto di laudering.

Se tali somme sono il profitto di illeciti già rientranti nel catalogo dei reati presupposti delineato dal d.lg. n. 231 del 2001 allora è corretta la tesi secondo cui la modalità più efficace per impedire il riciclaggio di tali utilità è la prevenzione dei reati base da cui le utilità originano. In tal caso, però, questa conclusione non presenta alcun tasso di problematicità nella sua applicazione: posto che il reato-base del delitto di cui all'art. 648-ter.1 c.p. rientra fra gli illeciti fondanti la responsabilità da reato dell'ente collettivo è evidente che il modello organizzativo già dovesse – prima ancor della riforma dell'art. 25-octies - essere diretto a prevenire la commissione di tali illeciti – ed evitando la realizzazione di tali delitti impedisce anche il successivo “lavaggio” degli eventuali proventi.

Se invece la provenienza del denaro è riconducibile a reati non rientranti nel catalogo di cui agli artt. 24 ss. d.lg. n. 231 del 2001 – ed è chiaro che, in questo caso, l'ipotesi più problematica è quella dei reti fiscali, la

realizzazione dei quali determina la permanenza in azienda, quale profitto dell'illecito, della somma corrispondente all'importo della somma evasa -, la "difesa" dell'ente deve strutturarsi focalizzando il contenuto del modello organizzativo – non tanto sul controllo circa la provenienza del denaro, che essendo già interno al patrimonio aziendale potrebbe essere difficilmente "tracciabile", quanto – sulle modalità di utilizzo dello stesso, impedendo cioè il ricorso a tecniche idonee ad ostacolare in concreto l'individuazione della provenienza illecita dei beni. Significa che i relativi modelli organizzativi dovranno impedire, o subordinare a rigorosi controlli, operazioni – come giroconti, cambio di assegni, compensazioni debiti-crediti, ecc. – che possono rendere più difficile la ricostruzione della contabilità aziendale: lo si ripete, mantenere nel capitale sociale il provento di un reato tributario – ovvero confondere nel complessivo patrimonio dell'azienda anche l'importo dell'imposta evasa o non pagata – e poi utilizzare lo stesso per esigenze connesse all'impresa non autoriciclaggio -.

NORME E ATTI

di Andrea Ferrero, Redazione Rivista 231

Approvato il disegno di legge di delegazione europea 2014

Nella seduta del 2 luglio la Camera ha approvato in via definitiva, con 270 voti favorevoli e 113 voti contrari, il disegno di legge di delegazione europea 2014.

La norma prevede principi e criteri direttivi specifici cui il Governo dovrà attenersi nell'esercizio della delega per recepire una serie di direttive, regolamenti e decisioni quadro e in particolare per i seguenti:

Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento danni per violazione di norme sulla concorrenza;

Direttiva 2013/50/UE sulla negoziazione di strumenti finanziari;

Direttiva 2014/49/UE relativa ai sistemi di garanzia dei depositi;

Direttiva 2014/59/UE sul risanamento degli enti creditizi e delle imprese di investimento;

Direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari;

Direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali per abusi di mercato;

Regolamento n. 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari;

Regolamento n. 596/2014 relativo agli abusi di mercato;

Decisione quadro 2009/315/GAI sugli scambi di informazioni del casellario giudiziario;

Decisione quadro 2008/675/GAI sulla considerazione delle decisioni di condanna in nuovi procedimenti penali.

PRIVACY

di Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano

Il nuovo DPO: OdV per la privacy

Il nuovo Regolamento Ue in materia di privacy, ormai giunto alle battute finali, introduce e regola una figura chiave all'interno del sistema di compliance di cui tutti gli enti si devono dotare. Inizialmente prevista come obbligatoria, nel testo attualmente in discussione si è optato per la facoltatività della figura anche se è indubbia l'opportunità di una sua nomina in molti contesti, soprattutto se le attività principali dell'ente consistono in trattamenti che richiedono il controllo regolare e sistematico dei dati personali.

Nel testo attuale del Regolamento:

- l'articolo 35 introduce la figura del responsabile della protezione dei dati;
- l'articolo 36 precisa la posizione;
- l'articolo 37 stabilisce i principali compiti.

Di seguito una sintesi della disciplina.

Il DPO andrà scelto in funzione delle qualità professionali e della conoscenza specialistica della privacy.

Si può affermare che si va verso la creazione di una nuova categoria professionale che dovrà disporre di precise e specifiche competenze sia giuridiche che informatiche nell'ambito della protezione dei dati personali. Se si volesse fare un paragone con figure esistenti, forse il parallelismo più adeguato potrebbe essere con l'Organismo di Vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/2001, considerata la preminenza dei compiti di sorveglianza.

I principali compiti del DPO, il cui nominativo andrà comunicato all'Autorità di controllo e al pubblico, saranno quelli di:

- sensibilizzare e consigliare il Titolare in merito agli obblighi (misure e procedure tecniche e organizzative) derivanti dal Regolamento;
- sorvegliare l'applicazione delle politiche compresa l'attribuzione delle responsabilità, la formazione del personale che partecipa ai trattamenti e l'effettuazione degli audit connessi;
- sorvegliare l'applicazione del Regolamento, con particolare riguardo alla protezione fin dalla progettazione, alla protezione di default, alla sicurezza dei dati, alle informazioni dell'interessato ed alle richieste degli stessi per esercitare i diritti riconosciuti;

- controllare che il Titolare effettui la Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA) e richieda all'Autorità di Controllo l'autorizzazione preventiva o la consultazione preventiva nei casi previsti;
- fungere da punto di contatto per l'Autorità di Controllo per questioni connesse al trattamento e consultarla, se del caso, di propria iniziativa;
- informare i rappresentanti del personale (es. rappresentanti sindacali) sui trattamenti che riguardano i dipendenti.

Il DPO potrà essere assunto (dipendente) oppure adempiere ai suoi compiti in base a un contratto di servizi (professionista esterno). Il Titolare del trattamento, a seconda della forma contrattuale, potrà così essere datore di lavoro o committente.

In ogni caso, il Titolare dovrà fornire al DPO tutti i mezzi inclusi il personale, i locali, le attrezzature e ogni altra risorsa necessaria per adempiere alle sue funzioni e per mantenere la propria conoscenza professionale.

La sua nomina non è legata a requisiti di idoneità generici ma specifici. Per il DPO, è richiesta conoscenza specialistica della normativa e delle pratiche in materia di protezione dei dati. Il livello necessario di conoscenza specialistica è determinato in particolare in base al trattamento di dati effettuato e alla protezione richiesta per i dati personali trattati.

L'ente inoltre deve:

- assicurare che il DPO sia prontamente e adeguatamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali;
- garantire che il DPO adempia alle sue funzioni in piena indipendenza e non riceva alcuna istruzione per quanto riguarda il loro esercizio;
- sostenere il DPO nell'esecuzione dei suoi compiti e a tal fine fornirgli collaboratori, locali, attrezzature e ogni altra risorsa necessaria.

Questi tre aspetti sono altrettanti limiti del sistema organizzativo privacy attuale di molte aziende, in cui, nei fatti:

1. non vi sono figure aziendali prontamente e adeguatamente coinvolte nelle questioni che hanno risolto in materia di privacy;
2. non vi sono figure aziendali in grado di adempiere ai compiti privacy in piena indipendenza e autonomia;
3. chi riceve incarichi privacy non è sostenuto adeguatamente.

Non è irrilevante notare come, sotto il profilo sanzionatorio, siano messi sullo stesso piano la mancata designazione del DPO (quando obbligatoria) e il non garantire le condizioni per l'adempimento dei compiti.

In chiave prospettica il Regolamento dovrebbe spingere a impostare il sistema di compliance privacy in un'ottica sostanziale, in modo che si riesca a governare effettivamente la materia, a prescindere dagli aspetti formalistici. In quest'ottica, l'approccio verso il quale spinge il legislatore europeo è quello di una definizione e concreta attuazione delle politiche aziendali, della sorveglianza sulla loro attuazione, della verifica dell'efficacia delle politiche aziendali e delle misure da esse previste, della formazione del personale.

Già nel 2006, il Presidente del Garante Privacy Francesco Pizzetti, affermava *“Vedo con molto favore l'istituzione della figura del Data Protection Officer (DPO) specialmente per le aziende e le corporation medie e grandi. La diffusione di questa figura non potrebbe che aiutare l'azione del Garante e la diffusione stessa della privacy nell'ambito delle strutture di impresa”*.

PROFILI INTERNAZIONALI

di Giovanni Tartaglia Polcini, Magistrato, Consigliere giuridico presso il Ministero degli Affari Esteri e Paola Porcelli, Avvocato, patrocinante in Cassazione, Foro di Benevento

Legge delegazione europea per il 2015

Il 2 luglio 2015 la Camera dei Deputati ha approvato in via definitiva la legge che conferisce al Governo la delega per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea (Legge di Delegazione europea 2014). Il provvedimento, licenziato dal Senato il 14 maggio 2015, era stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 ottobre 2014.

La legge n. 234/2012 prevede che, in luogo del disegno di legge comunitaria annuale previsto dalla normativa previgente, il Governo presenti alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno, il disegno di legge di delegazione europea, volto a delegare il Governo per il recepimento delle direttive, l'attuazione degli altri atti dell'UE o la modifica o abrogazione di disposizioni vigenti limitatamente a quanto necessario per garantire la conformità dell'ordinamento ai pareri motivati o alle sentenze di condanna della Corte di giustizia.

La legge di delegazione europea individua le direttive i cui schemi di decreto legislativo o di regolamento di recepimento, prima della sua adozione, debbano essere sottoposti al parere delle Commissioni parlamentari competenti. Si prevede, inoltre, la possibilità per il Governo, nel caso in cui insorgessero nuove esigenze di adempimento, di presentare entro il 31 luglio di ciascun anno un ulteriore disegno di legge di delegazione europea relativo al secondo semestre dell'anno stesso.

Per l'anno in corso, rispetto al testo governativo, il disegno di legge ha subito vari interventi grazie ai quali sono state inserite ulteriori deleghe per l'attuazione di atti dell'Unione Europea.

Le deleghe inserite nella Legge di Delegazione europea 2014 sono destinate ad arricchire l'ordinamento nazionale o a disciplinare *ex novo* aspetti della vita giuridica, economica, sociale, sanitaria e anche etica dei cittadini italiani in ambiti estremamente differenziati,

Occorre sottolineare che il numero delle procedure a carico del nostro Paese per mancata attuazione di direttive è gradualmente diminuito e

l'approvazione di questo provvedimento contribuirà a migliorare questo calo.

Il provvedimento recepisce numerose direttive. Tra le altre si ricordano le direttive su: sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti; ordine europeo di indagine penale; restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro; fatturazione elettronica degli appalti pubblici; risarcimento del danno per violazione delle disposizioni antitrust; scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale; possibilità per gli Stati membri di limitare e vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati sul loro territorio.

Queste direttive intervengono in modo significativo sui mercati bancari e finanziari, con la finalità di creare un quadro organico di regolamentazione.

Da sottolineare, inoltre, le nove deleghe per l'attuazione delle decisioni quadro, che, terminato il periodo transitorio previsto dal Trattato di Lisbona, devono essere recepite in modo obbligatorio.

La legge n. 234/2012 prevede altresì che, ove necessario, il Governo possa presentare un disegno di legge denominato legge europea con il quale provvedere a dare attuazione agli obblighi normativi dell'UE con normazione diretta.

La legge europea conterrà, infatti, le disposizioni modificative o abrogative di norme interne oggetto di procedure di infrazione o di sentenze della Corte di giustizia, quelle necessarie per dare attuazione agli atti dell'Unione europea e ai Trattati internazionali conclusi dall'UE e quelle emanate nell'ambito del potere sostitutivo.

Ed è proprio a tale riguardo che il 10 giugno 2015 la Camera dei Deputati ha approvato, in prima lettura, il disegno di Legge Europea 2014.

Il provvedimento era stato varato dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2015. Il disegno di legge si compone di 30 articoli ed è volto a chiudere 13 procedure di infrazione e 12 casi EU Pilot, oltre a dare attuazione a una direttiva il cui termine di recepimento è fissato per l'anno 2016 e a due decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio.

Il testo è ora all'esame del Senato.

Nel dettaglio, tra le altre numerosissime disposizioni, la legge di delegazione prevede specifici principi e criteri direttivi per il recepimento della direttiva 2014/104/CE, che introduce una disciplina per il risarcimento del danno derivante da violazione delle norme europee sulla concorrenza.

In particolare, la direttiva prevede l'applicazione, in relazione a uno stesso caso, degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento della UE, nonché delle disposizioni della "legge antitrust" (n. 287/1990), in materia di

intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante; estende l'applicazione delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva alle azioni di risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza e abuso di posizione dominante; prevede che le disposizioni di attuazione della direttiva siano applicate anche alle azioni collettive dei consumatori; prevede la revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa (i cd. tribunali delle imprese).

Il termine previsto per il recepimento è il 27 dicembre 2016.

Ed ancora, l'articolo 4 delega il Governo a emanare, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge di delegazione europea 2014, le norme occorrenti all'adeguamento della normativa nazionale a seguito dell'entrata in vigore del regolamento (UE) n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013 del Consiglio, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

L'articolo 5 reca principi e i criteri direttivi specifici per l'attuazione della direttiva 2013/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, in materia di obblighi di trasparenza e di informazione in capo ai soggetti che emettono valori mobiliari e strumenti finanziari negoziati su mercati regolamentati (cd. direttiva Transparency).

Tra gli i principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega, l'articolo 5 contempla l'attribuzione di competenze e poteri di vigilanza alla CONSOB; l'innalzamento della soglia minima per l'attivazione dell'obbligo di comunicazione delle partecipazioni rilevanti; l'attribuzione alla CONSOB del potere di disporre obblighi di pubblicazione, per gli emittenti strumenti finanziari, di informazioni finanziarie periodiche aggiuntive, con una frequenza maggiore rispetto alle relazioni finanziarie annuali e alle relazioni finanziarie semestrali.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

di Carlo Manacorda, Docente di Pianificazione, programmazione e controllo delle aziende pubbliche, Università degli Studi di Torino

Collegio sindacale, Organismo di vigilanza, Responsabile della prevenzione della corruzione: un crossing-over azzardato

La Determina dell'A.N.AC. n. 8/2015, del 17 giugno 2015, concernente "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", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale (n. 152 del 03 luglio 2015) a conclusione del processo di consultazione della precedente, analoga deliberazione del dicembre 2014, riconferma un punto – già presente nella deliberazione – di non facile applicazione, senza tuttavia proporre indicazioni chiarificatrici.

Al paragrafo 2.1., la Determina ricorda, in primo luogo, che la legge n. 190 del 2012 menziona espressamente tra i soggetti tenuti all'applicazione della normativa anticorruzione "i soggetti di diritto privato sottoposti al controllo di regioni, province autonome ed enti locali". Precisa quindi che, per individuare le società controllate tenute all'applicazione della normativa sulla prevenzione della corruzione e per la promozione della trasparenza, occorre fare riferimento alla nozione di controllo prevista dall'articolo 2359, co.1, n.1 e 2 del codice civile e puntualizza opportunamente (indicazione non presente nella deliberazione) che, tra le società in controllo pubblico, rientrano anche le società in house e quelle in cui il controllo sia esercitato da una pluralità di amministratori congiuntamente.

Trattando poi delle misure organizzative per la prevenzione della corruzione presso questi soggetti, precisa che le amministrazioni controllanti devono assicurare che le società controllate (direttamente o indirettamente), laddove non vi abbiano provveduto, adottino un modello di organizzazione e gestione ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 (in buona sostanza, per questa disposizione e per altre contenute nelle "Linee guida", si dà per scontato che le società in controllo pubblico diano applicazione anche alle norme del d. lgs. n. 231).

Tenendo allora presente che le norme della legge n. 190/2012 prevedono che, nell'ambito degli adempimenti per la lotta alla corruzione, i suoi destinatari (e quindi anche le società in controllo pubblico) nominino un Responsabile per la prevenzione della corruzione (art.1, co.7), la Determina sottolinea: "In ogni caso, considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge n. 190 del 2012, le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC) dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'Organismo di vigilanza nominato ai sensi del decreto legislativo. In quest'ottica, nelle società in cui l'Organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, è auspicabile che tale componente svolga anche le funzioni di RPC. [...] Solo nei casi di società di piccole dimensioni, nell'ipotesi in cui questa si doti di un Organismo di vigilanza monocratico composto da un dipendente, la figura del RPC può coincidere con quella dell'Organismo di vigilanza" (§ 2.1.2.).

Orbene, nell'ambito di questa articolata regolamentazione, non esiste alcun richiamo dell'articolo 14 della legge n. 183 del 2011 (legge di stabilità 2012) laddove si prevede (co. 12) che: "All'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-bis. Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)». Inoltre (co.13 e 14), che il Collegio sindacale può essere sostituito, ricorrendone le condizioni, da un sindaco (o revisore) unico.

Merita ricordare che l'introduzione di questa norma – ancorché inserita tra le misure per la "Riduzione degli oneri amministrativi per imprese e cittadini" – aveva destato notevoli perplessità nella dottrina. In ultima analisi, si sottolineava che l'attribuzione ai sindaci (o sindaco) anche delle funzioni di Organismo di vigilanza poteva lasciare scoperti aspetti di controllo non trascurabili e non impermeabili al vaglio della magistratura inquirente e giudicante.

Per raccordare, in qualche maniera, quanto previsto dalla legge con le peculiarità del Collegio sindacale, l'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti contabili (IRDCEC) ha pubblicato, nel maggio 2013, un documento dal titolo: "Linee guida per l'Organismo di Vigilanza ex d. lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del

Collegio sindacale”. Le “Linee guida” hanno comunque messo in evidenza la natura di “organo sociale” del Collegio sindacale per cui questa prevale su quella “funzionale” dell’Organismo di vigilanza. Immaginabili i conflitti tra le due posizioni.

Con atto del marzo 2014, Confindustria ha aggiornato le “Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo”, ex d. lgs. n. 231/2001. Con nota del 21 luglio 2014, il Ministero della giustizia le ha dichiarate idonee a prevenire i reati previsti dal detto decreto. Al paragrafo 2.3.1., analizzando il citato comma 4-bis inserito dalla legge n. 183/2011 nell’articolo 6 del d. lgs. n. 231/2001, le “Linee guida” danno una valutazione sostanzialmente positiva della disposizione. Osservano che l’affidamento al Collegio sindacale delle funzioni di Organismo di vigilanza rappresenta un arricchimento delle possibilità organizzative dell’impresa, unitamente alle altre opzioni già praticabili, quali l’attribuzione del medesimo ruolo al Comitato controllo rischi, all’Internal audit o a un organismo istituito ad hoc. Al tempo stesso peraltro ricordano che il Codice di Autodisciplina delle società quotate – che raccoglie le best practices e le migliori soluzioni organizzative per un più compiuto adeguamento ai principi di corporate governance –, ha lasciato alla valutazione discrezionale delle società, nell’ambito di una razionalizzazione delle funzioni di controllo, l’opportunità di affidare le funzioni di Organismo di vigilanza al Collegio sindacale.

Leggendo dunque, con ottica d’insieme, il quadro normativo esposto troviamo, in primo piano, il comma 4-bis dell’articolo 6 del d. lgs. n. 231 che consente la congiunzione delle funzioni del Collegio sindacale con quelle dell’Organismo di vigilanza. Intervengono, quindi, le “Linee guida” dell’A.N.AC. che ammettono la coincidenza tra il Responsabile della prevenzione della corruzione con l’Organismo di vigilanza. Sulla base di un quadro così composto, ove l’impresa ritenesse di applicare, nell’organizzazione, le massime discrezionalità semplificative, si potrebbe ipotizzare la concentrazione, in un solo organismo, delle funzioni di Collegio sindacale, Organismo di vigilanza e Responsabile della prevenzione della corruzione. Immaginabili le difficoltà nel delimitare le rispettive aree di azione, e i momenti d’incontro e le sinergie tra le medesime.

Conclusivamente, se permangono perplessità in merito all'incrocio tra funzioni del Collegio sindacale e Organismo di vigilanza, ulteriori ed ancor maggiori ne nascono aggiungendovi anche quelle del Responsabile della prevenzione della corruzione. Donde l'esigenza di ulteriori chiarimenti – ove possibili anche da parte del legislatore – su questo azzardato crossing-over tra organi e funzioni societarie. Azzardo che potrebbe emergere davanti a qualche giudice.