

# Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



*n. 3 – marzo 2016*

PLENUM

rivista231.it

<b>1. AMBIENTE E SICUREZZA</b>	<b>3</b>
<i>di Marina Zalin</i>	
<b>2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE</b>	<b>7</b>
<i>di Ranieri Razzante</i>	
<b>3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA</b>	<b>9</b>
<i>di Ciro Santoriello</i>	
<b>4. ORGANISMO DI VIGILANZA</b>	<b>17</b>
<i>di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione</i>	
<b>5. PROFILI INTERNAZIONALI</b>	<b>19</b>
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
<b>6. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI</b>	<b>21</b>
<i>di Carlo Manacorda</i>	

## AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

### **Primi commenti sulle nuove Linee Guida 231 di FISE Assoambiente in materia di reati contro l'ambiente**

Nel mese di febbraio 2016 sono state presentate le nuove Linee Guida di FISE Assoambiente per la redazione dei modelli di organizzazione e gestione, rilevanti ai sensi del D.Lgs. 231/2001, nei contesti aziendali che si occupano di tematiche ambientali e che potrebbero quindi essere interessati alla prevenzione dei reati-presupposto di cui all'art. 25-undecies D.Lgs. 231/2001.

Il quadro temporale assume una particolare rilevanza, posto che dopo una prima estensione avutasi con il D.Lgs. 121/2011, più recentemente la L. 68 del 22 maggio 2015 sui c.d. "Ecoreati" ha mutato ulteriormente il catalogo dei reati ambientali che possono comportare la responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

Le Linee Guida sono state redatte in conformità alle ultime novità normative e sottoposte al vaglio del Ministero della Giustizia, che le ha approvate nel mese di dicembre 2015.

Tale riconoscimento ministeriale, previsto dall'art. 6 co. 3 del decreto, assume rilevanza per legittimare l'azione delle associazioni rappresentative degli enti, spesso coinvolte nella formulazione di consigli pratico-applicativi per i propri associati (ad es. Confindustria).

In altre parole, l'approvazione ministeriale rinforza la qualità del testo: se le aziende seguiranno le direttive delle associazioni, potranno confidare nell'efficacia esimente della corretta adozione e implementazione del modello di organizzazione e gestione.

Il documento è diviso in cinque sezioni, ciascuna delle quali affronta in modo organico i diversi aspetti che coinvolgono la realtà aziendale, dalla programmazione delle attività al controllo di quanto concretamente svolto dagli organi sociali di direzione e controllo.

Il Capitolo I è dedicato all'inquadramento normativo, con una breve panoramica sulla natura della responsabilità amministrativa da reato dell'ente e un'analisi più approfondita sui singoli reati-presupposto che possono coinvolgere le aziende operanti nel settore ambientale.

Puntualmente la descrizione dei reati-presupposto più rilevanti, in astratto, non comprende solo i reati ambientali in senso stretto, elencati dall'art. 25-*undecies*, ma si estende ad altre fattispecie che possono concorrere e aggiungersi, rilevando in materia.

Si tratta, ad esempio, di malversazione, indebita percezione di erogazioni o truffa ai danni dello Stato (che potrebbero riguardare finanziamenti in materia di gestione ambientale), delle diverse forme di corruzione, concussione o induzione indebita a dare o promettere utilità (dove il mercimonio della funzione pubblica avrebbe ad oggetto tematiche ambientali, ad es. la gestione delle autorizzazioni ambientali), dei reati relativi al riciclaggio di denaro, all'autoriciclaggio o comunque al reimpiego di capitali di provenienza illecita, nonché alla fattispecie di associazione a delinquere, sovente contestata in concorso con il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 416 c.p. e 260 d.lgs. 152/2006).

Il Capitolo II è dedicato ai Modelli di Organizzazione e Gestione e alla loro struttura: si pone attenzione al concetto di "colpa di organizzazione" dell'ente allorché il modello non sia stato adottato, ovvero sia stato redatto ma non sia periodicamente oggetto di verifiche, integrazioni e aggiornamenti.

Il Modello deve essere corredato da un idoneo sistema disciplinare e sanzionatorio per le violazioni delle procedure, reso conoscibile a tutti i potenziali coautori di illeciti e implementato in modo efficace: tale requisito appare condizione imprescindibile per l'efficacia esimente del modello.

Altri elementi fondamentali per la corretta implementazione del modello, che non può limitarsi a una mera compilazione documentale, sono rappresentati dalla necessità di formazione e informazione del personale (che deve essere reso edotto delle singole procedure e messo altresì professionalmente nella condizione di eseguire al meglio e con piena coscienza i propri compiti) e di nomina di un Organismo di Vigilanza autonomo e indipendente, con il precipuo compito di ricevere ogni segnalazione di non-conformità e relazionare agli amministratori per gli opportuni provvedimenti.

Il Capitolo III riguarda i criteri di analisi dei processi aziendali nella gestione dei rifiuti, che rappresenta il *core business* di molte imprese che operano nel settore ambientale.

L'attività si esprime in una prima fase di identificazione dei rischi (cioè analisi dei processi sensibili) e una seconda di progettazione del sistema dei controlli dei medesimi processi.

Le aree maggiormente coinvolte, per la loro evidente rilevanza sul piano sia quantitativo, sia qualitativo, sono quelle del trattamento dei rifiuti (smaltimento e recupero), dell'intermediazione, del trasporto e delle bonifiche dei siti contaminati.

I singoli processi sensibili devono essere gestiti da un responsabile, dotato di autonome conoscenze e in grado di analizzare la sequenza di operazioni necessarie per portare a termine una data attività.

Particolarmente importanti nel controllo di tutti i processi sono le seguenti attività: esistenza di una *policy* aziendale chiara in materia ambientale, definizione di ruoli e responsabilità personali, esistenza di obiettivi e traguardi di miglioramento, adozione di un sistema di deleghe e/o procure specifiche, attenzione a *report* delle attività e riesame delle procedure alla luce di quanto ottenuto.

Per le imprese di dimensioni medio-grandi è altresì consigliato un approccio più evoluto alla valutazione della "compatibilità" di un certo reato-presupposto con i singoli processi aziendali, mediante l'indicazione del livello di rischio (basso, medio, alto), delle probabilità di verifica (anche alla luce dei dati storici presenti) e dell'entità del danno potenziale per la società.

Il Capitolo IV è dedicato ai Sistemi di Gestione Ambientale (SGA) ISO 14001 ed EMAS (Reg. CE n. 1221/2009) e alla loro interazione con i Modelli di Organizzazione e Gestione prescritti, su base volontaria, dal D.Lgs. 231/2001 per esimere l'ente dalla responsabilità amministrativa da reato.

Si evidenzia in primo luogo la funzione che hanno i due diversi apparati normativi, che pure hanno punti di incontro necessari e mirano a una gestione consapevole e responsabile delle attività aziendali: da un lato i sistemi di gestione ambientale si dedicano a pianificare, attuare e migliorare le azioni che coinvolgono gli aspetti ambientali, dall'altro i modelli hanno una funzione di organizzare e gestire in modo chiaro il complesso dinamismo aziendale in una prospettiva globale.

Sul piano oggettivo, ad esempio, non tutti i settori che coinvolgono i SGA sono rilevanti ai fini della responsabilità da D.Lgs. 231/2001: come noto, infatti, solo alcuni specifici reati ambientali sono presupposto di

responsabilità per l'ente, cioè quelli espressamente menzionati all'art. 25-*undecies*.

Per converso i sistemi ISO 14001 ed EMAS richiedono una gestione ambientale a tutto tondo, che coinvolga ogni singolo aspetto inerente alle performances aziendali sui temi ambientali.

Alcuni elementi sono però condivisi tra i due diversi sistemi.

In primo luogo l'analisi normativa, la mappatura dei rischi e la pianificazione: lo scopo dei SGA è evidentemente però diverso, cioè quello di stabilire gli interventi e gli obiettivi di miglioramento.

In secondo luogo l'attenzione ad attuazione e funzionamento di quanto descritto nei processi, con rispetto delle diverse finalità: prevenzione dei reati nei modelli organizzativi, controllo degli impatti ambientali per i sistemi di gestione ISO 14001 ed EMAS.

Da ultimo, è fondamentale l'elemento della sorveglianza, verifica periodica e riesame: il Modello organizzativo e i SGA condividono un approccio dinamico di *risk assessment* e di continua evoluzione, occupandosi di rivalutare, revisionare e aggiornare ogni aspetto alla luce dell'esperienza maturata, delle modifiche aziendali e normative, delle non-conformità eventualmente riscontrate.

Il Capitolo V è infine dedicato a brevi conclusioni che necessariamente coinvolgono le valutazioni espresse nel capitolo precedente.

L'approccio integrato tra Modelli 231 e Sistemi di Gestione Ambientale non è automatismo tale da garantire all'azienda l'efficacia esimente, ma introduce regole di gestione più stringenti e non limitate alla sola prevenzione dei reati-presupposto.

I Sistemi di Gestione Ambientale rappresentano quindi un valido supporto per la redazione dei Modelli, nonché un deciso cambio di prospettiva e di mentalità all'interno dei contesti aziendali, motivo per il quale la adozione combinata dei due sistemi è senz'altro un forte indice di una attenzione dei vertici societari a quanto accade negli sviluppi quotidiani della realtà lavorativa e come tale va incentivata.

## ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

### Tutto pronto per il nuovo Codice degli appalti

“Il Codice degli appalti è il primo e fondamentale obiettivo dell'ANAC, perché è la vera legge antimafia e la vera legge anticorruzione”.

Lo ha affermato Raffaele Cantone, Presidente dell'Authority Anticorruzione, alla presentazione del volume, da me curato, “Corruzione, riciclaggio e mafia: la prevenzione e la repressione nel nostro ordinamento giuridico”.

Il nuovo sistema degli appalti interesserà, infatti, da vicino l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Molti i compiti che la riforma affida all'Authority. Si va dall'obbligo di gestire tutte le banche dati sul settore, alla definizione delle linee guida necessarie per dare attuazione al nuovo codice.

L'Autorità presieduta da Cantone diventa altresì organo di regolazione del settore.

Ed ancora, l'ANAC dovrà prevedere misure sanzionatorie amministrative nelle ipotesi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.

Le parole chiave del Codice attuativo della riforma degli appalti, approvato dal Consiglio dei Ministri, sono trasparenza e lotta alla corruzione.

La novità più rilevante concerne il criterio del massimo ribasso, che troverà applicazione solo in ipotesi marginali e ben definite.

Com'è noto, con tale sistema la stazione appaltante individua l'aggiudicatario in base all'offerta che presenta il ribasso percentuale o il valore più basso rispetto all'insieme dei concorrenti.

Le uniche offerte ammissibili in gara sono quelle che presentano un prezzo inferiore a quello posto a base di gara, individuando, quale soglia di riferimento per gli operatori economici, il prezzo base palese.

Il bando non può prevedere, quindi, l'analisi di alcun documento che non sia la sola offerta economica. Detto impianto ha dato alla luce un meccanismo per cui il massimo ribasso è passato, nel corso degli anni, da sistema in grado di sostenere la più aperta competizione tra imprese sane



a strumento per un facile accesso alle gare da parte della criminalità organizzata.

In altri termini, il criterio del massimo ribasso ha favorito coloro i quali hanno rilevanti disponibilità finanziarie e non i soggetti con capacità imprenditoriali, privilegiando quindi le imprese con ampie risorse economiche, anche di incerta e discutibile provenienza.

Il Codice attuativo della riforma degli appalti sostituisce il criterio del minor prezzo con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il primo criterio potrà trovare applicazione solo per i lavori di importo pari o inferiore a un milione di euro, nonché per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, caratterizzati da elevata ripetitività. In fase di valutazione delle offerte, inoltre, potranno essere previsti criteri premiali per le imprese, riguardanti la valutazione dell'offerta in riferimento al maggior *rating* di legalità dell'offerente, nonché in relazione a beni, lavori e servizi che presentano un minore impatto sulla sicurezza e sull'ambiente.

Il Codice attuativo porta con sé anche più rigidi requisiti di accesso alle gare. In tal senso, la stazione appaltante potrà provare che l'impresa si è resa colpevole di gravi illeciti professionali o di rilevanti carenze in un precedente contratto; ha concluso accordi e ha posto in essere pratiche per falsare la concorrenza; ha tentato di influenzare un'aggiudicazione; si trova in una situazione di conflitto di interessi.



## GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

**Corte Cassazione**, sez. V, 8 gennaio 2016 (dep. 22 febbraio 2016), n. 6916; ZAZA, *Presidente*, AMATORE *Estensore*; MAZZOTTA P.M. (conf.); X, imp.

**Responsabilità da reato della società – Omicidio colposo con responsabilità dei vertici dell'ente – Sussistenza di un vantaggio dell'ente – Ammissibilità** (c.p., art. 589; D.lgs. n. 231 del 2001, artt. 5, 25-*septies*)

**Responsabilità degli enti collettivi per fatti di reato – Reati presupposto – Falso in bilancio – Nuova disciplina – Rilevanza penale delle false valutazioni – Sopravvenuta irrilevanza penale - Delimitazione delle valutazioni penalmente irrilevanti - Definizione** (cod. civ., artt. 2621, 2622)

*La nuova formulazione degli artt. 2621 e 2622 cod. civ., introdotta dalla L. 69/2015, ha determinato, eliminando l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" e inserendo il riferimento, quale oggetto anche la condotta omissiva, ai "fatti materiali non rispondenti al vero", una successione di leggi con effetto abrogativo non potendosi più riconoscere rilevanza penale alla esposizione mendace di un'errata valutazione di una realtà effettivamente sussistente, mentre mantengono piena rilevanza penale le ipotesi dove l'associazione di un valore numerico a una realtà forniscono una rappresentazione difforme dal vero della stessa realtà materiale (1)*

1. La "storia infinita" della possibile rilevanza penale, quale modalità di violazione della fattispecie di reato di false comunicazioni sociali, delle valutazioni di bilancio prosegue. Per una ricostruzione della vicenda si veda la circolare del gennaio 2016, nonché può consultarsi SANTORIELLO, *Del falso in bilancio, delle valutazioni, della particolare tenuità e di altre incertezze*, in corso di pubblicazione sul prossimo numero della rivista.

In ogni caso, il dibattito pare destinato ad avere termine posto che la quinta sezione con una recente ordinanza ha rimesso la questione inerente la perdurante rilevanza penale delle valutazioni di bilancio alle Sezioni Unite, la cui decisione è attesa per il prossimo 31 marzo.

**Corte Cassazione**, sez. II, 9 febbraio 2016 (dep. 17 marzo 2016), n.11209; DIOTALLEVI, *Presidente*, ARIOLLI *Estensore*; BIRITTERI P.M. (conf.); X, imp.

**Responsabilità da reato della società – Applicazione della sanzione interdittiva – Rinvenimento di un profitto di rilevante entità – Nozione di profitto – Definizione** (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 13, 17, 45, 49, 50, 25-septies)

**Responsabilità degli enti collettivi per fatti di reato – Applicazione di misure cautelari interdittive – Revoca della misura e adempimento da parte dell’ente di attività riparatorie delle conseguenze dannose determinate dall’illecito - Nozione di attività riparatorie – Costituzione di un trust e previsione in bilancio di un fondo di accantonamento di una somma destinata alla riparazione del danno da reato – Insufficienza** (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 13, 17, 45, 49, 50, 25-septies)

*La nozione di profitto quale condizione legittimante l’applicazione della sanzione interdittiva non può essere ricostruita facendo riferimento ad un mero dato numerico, ma ha un contenuto più ampio di quello di profitto inteso come utile netto, in quanto in tale concetto rientrano anche i vantaggi non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell’illecito e di conseguenza il giudice deve operare la relativa valutazione non sulla base di criteri strettamente economici ed aziendalisti ma deve tener conto di tutti gli elementi che connotano in termini di valore economico l’operazione negoziale (1)*

*Non può dirsi misura riparatoria atta a consentire la revoca di una misura cautelare interdittiva in corso di esecuzione la costituzione da parte dell’ente collettivo indagato per un illecito da reato di un trust nonché l’acconto momento in bilancio di una somma destinata al futuro risarcimento del danno a vantaggio dei soggetti danneggiati dal suddetto illecito e ciò in quanto il requisito del risarcimento del danno richiesto per revocare la misura cautelare in corso di esecuzione deve tradursi nella diretta consegna alle persone danneggiate delle somme costitutive del risarcimento del danno medesimo o comunque deve consistere in modalità che garantiscano la presa materiale della somma risarcita su iniziativa del*

## *danneggiato senza la necessità di un'ulteriore collaborazione dell'ente risarcente (2)*

1. In tema di misure cautelari interdittive da adottarsi nei confronti degli enti collettivi per responsabilità da reato il quadro normativo è composto dai seguenti articoli:

- l'art. 45 d.lg. n. 231 del 2001, giusto il quale la misura in parola può essere applicata quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede. Al contempo, tuttavia, la misura interdittiva può essere applicata solo laddove ricorrano le condizioni di cui al
- l'art. 13 ovvero se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative o si è in presenza di una reiterazione degli illeciti.
- Una volta disposta la misura cautelare, ai sensi dell'art. 49 D.Lgs. n.231 del 2001, l'ente può chiedere la sospensione della sua esecuzione onde realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma del
- l'art. 17, e cioè il risarcimento integrale del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi ed infine la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

2. Nella decisione in esame la Cassazione si sofferma ad analizzare tre profili in tema di adozione di misure cautelari interdittive ed in particolare la nozione di profitto di rilevante entità, la condotta che l'ente deve assumere per eliminare le carenze organizzative che hanno reso possibile verificarsi del reato ed infine le modalità con cui procedere a risarcimento del danno. Con riferimento alla nozione di profitto di rilevante entità, la sentenza precisa che la nozione di profitto quale condizione legittimante l'applicazione della sanzione interdittiva non può essere ricostruita facendo

riferimento ad un mero dato numerico, ma ha un contenuto più ampio di quello di profitto inteso come utile netto, in quanto in tale concetto rientrano anche i vantaggi non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito e di conseguenza il giudice deve operare la relativa valutazione non sulla base di criteri strettamente economici ed aziendalisti ma deve tener conto di tutti gli elementi che connotano in termini di valore economico l'operazione negoziale (così già, Cass., sez. VI, 23 giugno 2006 n. 32627). In particolare, con riferimento a fatti di corruzione intesi ad ottenere l'aggiudicazione di appalti da parte di enti pubblici, viene evidenziato che nella nozione di profitto rientra sicuramente l'intero importo del contratto di appalto ma anche ulteriori profili quali a) il fatturato ottenuto a seguito del reato di ulteriori lavori, b) gli acquisiti dall'impresa in occasione della pregressa aggiudicazione illecita a seguito di una variante in corso d'opera, c) l'assunzione dei requisiti per la qualificazione dell'impresa ai fini della partecipazione a gare di affidamento di lavori pubblici, d) l'incremento del merito del credito, e) l'aumento del potere contrattuale nei confronti di fornitori subappaltatori cc. (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654).

3. Quanto all'individuazione delle cosiddette condotte riparatorie la cui adozione consente di procedere a sospensione della esecuzione della misura interdittiva - nonché determina, in sede di condanna definitiva dell'ente, la preclusione ad applicare all'ente medesimo sanzioni interdittive dovendosi provvedere a condannare la società ha solo pagamento della pena pecuniaria -, la sentenza presenta profili di interesse laddove esclude che la costituzione di un trust unitamente alla previsione in bilancio di un fondo di accantonamento possa rappresentare una forma idonea a dimostrare un'efficace azione diretta a risarcire il danno e ad eliminare le conseguenze pericolose o dannose del reato. Secondo la Cassazione, infatti, il sistema punitivo della responsabilità da reato degli enti ha un carattere preventivo, volta configurare sanzioni misure cautelari per prevenire la commissione di reati, con la conseguenza che "le disposizioni funzionali alla regolarizzazione, attraverso schemi rigorosi, dell'organizzazione dell'ente tale da impedire la reiterazione dei reati, devono essere interpretate con il massimo rigore per poter perseguire la massima efficacia". Da tali considerazioni, la sentenza fa discendere la necessità che si possa ritenere avvenuto risarcimento del danno solo quando vi sia stata diretta consegna alle persone danneggiate delle somme rappresentanti il risarcimento del danno prodotto ovvero comunque la

società abbia operato con modalità tali da garantire la presa materiale della somma risarcita su iniziativa del danneggiato.

Alla luce di queste osservazioni, ne deriva che la semplice costituzione del trust non può essere considerata adempimento dell'obbligo risarcitorio, posto che il danneggiato potrebbe soddisfarsi sui beni oggetto del trust solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna del giudizio penale. Di contro, la disciplina normativa esige che l'ente anticipi risarcimento del danno che potrebbe essere costretto a pagare all'esito del giudizio di merito e i benefici che possono essere riconosciuti all'ente ai sensi dell'art. 17 D.Lgs. n. 231 del 2001 sono proprio legate al fatto che risarcimento interviene in una fase antecedente al merito, dandosi così atto della piena resipiscenza dell'ente, che merita non solo la revoca della misura interdittiva cautelare mentre risposta ma anche l'irrogazione, in caso di condanna della sola sanzione pecuniaria.

4. Da ultimo la Cassazione esamina brevemente il profilo attinente la riorganizzazione cui la società deve procedere, dopo la commissione di un reato da parte di suoi dirigenti o dipendenti, adottando un modello organizzativo idoneo ad evitare il verificarsi di ulteriori illeciti. In proposito, sollecitata dalla circostanza che nel caso di specie erano stati estromessi precedenti amministratori ma rimaneva immutata la compagine societaria, la Corte di legittimità evidenzia come in tali ipotesi il giudice debba valutare se il nuovo organo amministrativo goda di una reale autonomia rispetto ai precedenti titolari della medesima carica societaria, specie quando il nuovo amministratore sia un soggetto orbitante nell'aria della famiglia del socio di maggioranza della società; in particolare, secondo la maiuscole sale cassazione, in situazioni quali quelle sopra sinteticamente descritte dell'ente collettivo deve adottare "contromisure idonee a depotenziare la serie intricata di cointeressenza fra la vecchia e l'apparente nuova gestione ed a prevenirne l'eventuale continuazione degli stili gestionali in contestazione ..[dovendosi procedere] ad un penetrante accertamento che superi il dato formale della verifica obiettiva del modello, in ragione di una reale terzietà della nuova *governance*".

Trattasi, a nostro parere di una soluzione di equilibrio, perché da un lato la maiuscole sale cassazione non esclude che possa parlarsi di idoneo e soddisfacente riassetto societario quando la proprietà della persona giuridica rimanga in capo a soggetti che sono stati in qualche modo protagonisti degli illeciti in contestazione, ma al contempo evidenzia come non sia sufficiente "il rispetto del profilo soggettivo attinente al reale

cambiamento della società, che poggia su dati di carattere meramente formale senza tener conto degli specifici elementi di possibile contaminazione e di stretto collegamento con la vecchia compagine sociale”

La “storia infinita” della possibile rilevanza penale, quale modalità di violazione della fattispecie di reato di false comunicazioni sociali, delle valutazioni di bilancio prosegue.

Per una ricostruzione della vicenda si veda la circolare del gennaio 2016, nonché può consultarsi *Santoriello, Del falso in bilancio, delle valutazioni, della particolare tenuità e di altre incertezze*, in corso di pubblicazione sul prossimo numero della rivista.

In ogni caso, il dibattito pare destinato ad avere termine posto che la quinta sezione con una recente ordinanza ha rimesso la questione inerente la perdurante rilevanza penale delle valutazioni di bilancio alle Sezioni Unite, la cui decisione è attesa per il prossimo 31 marzo.

Sul punto si veda tribunale di Parma, sezione del riesame, 27 maggio 2015, riportata nella circolare dell’ottobre 2015.

**Corte Cassazione**, sez. VI, 12 febbraio 2016 (dep. 17 marzo 2016), n. 6916; IPPOLITO, Presidente, CALVANESE Estensore; ROSSI P.M. (conf.); Saipem S.p.A., imp.

**Responsabilità degli enti collettivi per fatti di reato – Fusione, scissione o trasformazione dell'ente protagonista dell'illecito - Prosecuzione del procedimento nei confronti della persona giuridica risultanze dell'attività di fusione scissione o trasformazione - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza** (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 13, 17, 45, 49, 50, 25-septies)

*È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata per violazione degli artt. 27, 76, 117 Cost., degli artt. L8, 29, 30, 31, 32, e 33 d.lg. n. 231 del 2001 nella parte in cui tali disposizioni prevedono che le sanzioni in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche possano applicarsi nei confronti dell'ente che abbia incorporato quello che ha commesso un'infrazione, potendo qualora fosse diversamente stabilito le imprese sfuggire facilmente alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessione ad altre modifiche di natura giuridica o organizzativa (1)*

1. La disciplina contenuta nel decreto n. 231 in tema di vicende modificative dell'ente collettivo sottoposto a procedimento penale per illecito dei suoi organi apicali o dipendenti esce indenne da diverse censure di costituzionalità avanzate dalle difese nel corso dell'importante processo svoltosi innanzi al tribunale di Milano.

In dottrina, su tale disciplina NAPOLEONI, Le “vicende modificative”: trasformazione, fusione e responsabilità degli enti, in Resp. Amm. Soc. Enti, 2007, 2, 139; BUSSON, Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente, in Dir. Pen. Proc., 2002, 1471; DA RIVA GRECHI, L'illecito funzionale degli enti collettivi, in Giust. Pen., 2003, II, 437.

2. Come è noto, la normativa contenuta negli artt. 29 – 33 del d.lg. n. 231 del 2001 è intesa ad evitare facili elusioni della disciplina sanzionatoria che potrebbero essere realizzate mediante operazioni negoziali coinvolgenti la persona giuridica interessata al procedimento penale, garantendo il proseguimento del processo nei confronti del nuovo soggetto collettivo



risultante dalla trasformazione o scissione o fusione della società originariamente imputato.

Alla luce di queste considerazioni la massima in epigrafe è assolutamente condivisibile, posto che più volte la Corte di Giustizia UE ha ritenuto le diverse discipline nazionali in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche conformi al principio di effettività del sistema sanzionatorio solo laddove la stessa prevedano l'irrogazione di sanzioni nei confronti dell'ente risultante da operazioni di scissione, fusione o trasformazione interessate la persona giuridica protagonista dell'illecito amministrativo da reato (fra le ultime, Corte UE, Grande Camera, 11 dicembre 2007, C-208/06; Corte UE, sez. V, 5 marzo 2015, C-343/13). D'altronde è evidente che qualora non vi fosse alcuna possibilità di imposizione della sanzione ad un ente diverso da quello che ha commesso un'infrazione, alcune imprese potrebbero agevolmente sfuggire alla pena per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica organizzativa.

3. In proposito, di particolare interesse sono le riflessioni che la Cassazione svolge con riferimento ai rapporti che si pongono fra società incorporante e società incorporata in caso di fusione. Secondo il giudice di legittimità infatti la società incorporata conserva, pur in un nuovo assetto organizzativo la propria identità nella società incorporante, posto che la fusione per incorporazione - almeno secondo la pregressa disciplina - determina la continuità della società incorporata con l'effetto di far cumulare le responsabilità di quest'ultima con quelle proprie dell'incorporante: da qui la conclusione che la società incorporante non possa definirsi soggetto terzo rispetto alla società incorporata e che "la due diligence che deve accompagnare la vicenda modificativa offre in ogni caso alla società incorporante le garanzie per essere pienamente consapevoli dei rischi nell'acquisire una società attinta da illeciti amministrativi".

## ORGANISMO DI VIGILANZA

di **Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano, e Luigi Fruscione, avvocato in Roma**

### **La comunicazione Consob n. 0012130 dell'11-2-2016 in tema di controllo dei promotori finanziari richiama l'attenzione degli intermediari e dei relativi Odv sui rischi 231 legati alla rete**

La Consob ha di recente posto la propria attenzione sulle reti dei promotori finanziari per le attività fuori sede delle banche e delle imprese di investimento, procedendo a elaborare delle *best practice* per una migliore attuazione del sistema di controllo interno.

Queste ultime fanno riferimento ai seguenti ambiti:

1. individuazione dei soggetti preposti ai controlli sui promotori finanziari;
2. controlli a distanza;
3. forme di contatto con la clientela;
4. ispezioni presso gli uffici dei promotori finanziari.

Secondo quanto disposto dalla Consob gli enti interessati dovranno elaborare procedure interne finalizzate a intervenire sui punti critici rientranti in tali aree così da poter prevenire, ed eventualmente intervenire, su condotte non corrette eventualmente poste in essere dai promotori finanziari.

Per quel che attiene il primo punto Consob evidenzia la necessità di elaborare flussi informativi adeguati fra la funzione *compliance* e l'*internal audit* anche ai fini di una loro collaborazione.

In merito ai controlli a distanza si fa riferimento all'utilizzo, da parte degli intermediari, di indicatori di anomalie ai fini dell'individuazione di condotte non regolari; Consob richiede sul punto l'adozione di un numero adeguato di tali indicatori.

E' ritenuto, altresì opportuno, procedere a una elaborazione automatica piuttosto che manuale degli indicatori, con una cadenza della loro elaborazione almeno settimanale.

Per quanto attiene alle forme di contatto con la clientela queste sono elaborate da parte degli operatori al fine di individuare possibili condotte non corrette; la Consob evidenzia come tali forme di controllo debbano

essere non solo scritte ma che si debbano svolgere con una maggiore interazione diretta con la clientela.

In riferimento alle ispezioni presso gli uffici dei promotori finanziari nella comunicazione in analisi si rappresenta come queste siano uno strumento di presidio importante che deve essere previsto con un numero adeguato di accertamenti; per quel che attiene, in concreto, l'individuazione del numero di verifiche da porre in essere si lascia all'intermediario il potere di individuarlo in base all'assetto complessivo dei controlli in essere raccomandando però che tale strumento non diventi marginale.

Le verifiche ispettive possono essere di diversi tipi: programmate, ad evento o casuali; si precisa infine che la comunicazione dello svolgimento dell'attività ispettiva non la si ritiene coerente con lo strumento.

Particolare attenzione dovrà essere svolta da parte di banche ed istituti di investimento nella verifica della conformità del proprio sistema di controllo interno delle reti dei promotori finanziari a quanto contenuto nella comunicazione della Consob. All'OdV il compito di stimolare tale valutazione oltre a compiere l'attività di doverosa vigilanza per stabilire se i rischi 231/2001 esistenti in tale delicato processo aziendale sono adeguatamente presidiati.

Come sottolinea Assoreti nel documento diffuso sul proprio sito ([http://www.assoreti.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=265:per-lindividuazione-degli-illeciti-del-promotore-finanziario-comportanti-la-responsabilita-dellintermediario-ai-sensi-del-decreto-legislativo-n-2312001&catid=17:codici&Itemid=101](http://www.assoreti.it/index.php?option=com_content&view=article&id=265:per-lindividuazione-degli-illeciti-del-promotore-finanziario-comportanti-la-responsabilita-dellintermediario-ai-sensi-del-decreto-legislativo-n-2312001&catid=17:codici&Itemid=101)), “i reati commessi dal promotore finanziario idonei a far sorgere una responsabilità dell'ente sono quelli che il medesimo commetta nell'espletamento della sua tipica attività di offerta fuori sede di prodotti finanziari e servizi di investimento per conto dell'intermediario preponente, perseguendo un interesse esclusivo o concorrente di quest'ultimo.

Il promotore finanziario è incluso nella categoria delle “persone sottoposte” anche quando sia legato all'intermediario da un contratto di agenzia, essendo sufficiente la sottoposizione alla direzione o alla vigilanza dei vertici dell'ente.”

## 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

### **Conferenza Ministeriale OCSE: lotta alla corruzione e responsabilità delle persone giuridiche**

Dalla Conferenza Ministeriale celebrata a Parigi presso OCSE, in materia anticorruzione, presieduta dall'Italia, il 16 marzo scorso, si può trarre un messaggio di grande fiducia per il futuro della lotta alla corruzione in generale e nelle transazioni internazionali in particolare.

Al centro di ogni determinazione *in subjecta materia* si pone la responsabilità degli enti derivante da reato.

La *compliance* come filosofia proattiva di *self assessment* preventivo del mondo privato, in dialogo costante con il settore pubblico, costituisce il motivo centrale dell'odierna dibattito tecnico sulle strategie di contrasto.

Gli articoli 2 e 3 della Convenzione OCSE richiedono espressamente l'inserimento della responsabilità degli enti negli ordinamenti dei Paesi membri: non a caso la nostra 231 si considera frutto di detto esercizio multilaterale.

Si richiede altresì di stabilire sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive per le persone giuridiche in materia di corruzione internazionale.

La Conferenza Parigina si è distinta per il numero dei partecipanti, rappresentanti non solo Stati membri dell'OCSE, ma anche molti Stati non-membri (inclusi importanti *partners* commerciali quali la Cina, l'India, l'Indonesia, la Thailandia), per l'unanimità nell'adozione della dichiarazione finale e per il tenore dei propositi in essa contenuti.

Nell'agenda annuale anticorruzione del 2016, subito dopo la Ministeriale tenuta presso l'OCSE, si svolgerà un *summit* a Londra il 12 maggio. Entrambi suddetti eventi si candidano a rinforzare il contrasto ad ogni forma di malaffare, dando vita a una nuova era.

Unanimemente condivisi risultano principi ormai sperimentati secondo cui:

- occorre sempre più rinforzare la prevenzione, oltre che la repressione della corruzione;
- è necessario implementare una collaborazione dei settori pubblico e privato nelle strategie di contrasto alla corruzione, promuovendo lo strumento della *compliance*;
- è indilazionabile una comune strategia di protezione degli informatori (*whistleblowers*);
- occorre rafforzare la cooperazione internazionale, lo scambio di informazioni, la mutua assistenza;
- anche nel settore della cooperazione internazionale è importante prestare attenzione al lato della "domanda", vale a dire la prevenzione delle condotte dei funzionari che sollecitano o accettano tangenti;
- è tempo di strutturare un sistema di contrasto moderno ed efficace, ma soprattutto condiviso, che tenga conto delle *best practices* internazionali e dei risultati sin qui acquisiti.

La dichiarazione ministeriale approvata a Parigi costituisce una pietra miliare nel nostro cammino, con lo sguardo lungo e fermo, verso nuove frontiere di condivisione delle politiche anticorruzione.

Essa conferma la validità delle intuizioni che sono alla base della Convenzione del 1997 e ne sottolinea le potenzialità.

Sono in corso ricerche interessanti in tema di *liability of legal persons for foreign bribery*. Si tratta di un sistema di monitoraggio del funzionamento dei meccanismi di controllo nei 41 Paesi parte della Convenzione.

Molto significativo e denso di questioni è il dibattito in corso sulle modalità di identificazione e qualificazione della nazionalità delle persone giuridiche, la relativa riserva di giurisdizione, la normativa in concreto applicabile.

Tale materia si prospetta particolarmente delicata in un ambiente economico caratterizzato da trasversalità, transnazionalità, globalizzazione e complessificazione degli assetti societari e di gruppo delle multinazionali.

Un'importante pubblicazione in questo settore (*The law of corporate group S: jurisdiction, practices and procedure, Aspen Publishers 2007*) riporta che almeno 70.000 compagnie internazionali hanno in corso relazioni di affari con circa 690.000 affiliate all'estero. Simili dati, ormai peraltro risalenti a dieci anni orsono, inducono a più di una riflessione sulla necessità di un approfondimento comparatistico sulla responsabilità degli Enti derivante da reato.

## SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

di Carlo Manacorda, Presidente del Nucleo di Valutazione dell'Università della Valle d'Aosta, già Docente di Pianificazione, programmazione e controllo delle aziende pubbliche, Università di Torino

### Decreto 231 anche per gli enti del terzo settore

Un'affollata e multiforme categoria di soggetti entra, formalmente, tra i destinatari del decreto 231: gli enti del terzo settore. Lo determina l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con la deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016: "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali".

L'Autorità muove dalla constatazione che le amministrazioni pubbliche ricorrono, frequentemente, a organismi del terzo settore (1) per l'acquisto o l'affidamento di servizi alla persona e al nucleo familiare (2). Benché questo ricorso comporti un notevole onere per la finanza pubblica (3), a tutt'oggi non esiste una specifica normativa di settore che disciplini, in maniera organica, l'affidamento di contratti pubblici ai soggetti operanti nel terzo settore. Infatti, il vigente Codice degli appalti pubblici (D.Lgs. 163/2006) prevede una disciplina speciale per l'affidamento dei servizi sociali, indicati nella categoria 25 dell'Allegato II B. Sostanzialmente, le norme del Codice hanno un'applicazione limitata per questi affidamenti, laddove si ricorre per essi, per lo più, a forme negoziali estranee alle procedure dell'evidenza pubblica, fatta salva l'eventuale applicazione di una limitata pubblicità.

Va inoltre tenuto presente che, in materia di interventi e servizi sociali, è dato notevole spazio all'apporto del volontariato. Per queste situazioni, la "Legge quadro sul volontariato" (L. 266/1991) prevede, come strumento giuridico per attuare la collaborazione tra gli enti pubblici e le organizzazioni

---

1) Ai sensi dell'art. 2 del DPCM 30 marzo 2011, si considerano "soggetti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro".

2) Il riferimento è all'art. 22 della legge 8 novembre 2000, n. 328: "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali" che individua gli interventi che costituiscono le prestazioni sociali.

3) Secondo i dati ISTAT, la spesa dei comuni per interventi sociali è stata, nell'anno 2012 (ultimo dato disponibile), di 7 miliardi circa.

di volontariato in possesso dei requisiti stabiliti dalla legge, la convenzione (art. 7). La convenzione è anche prevista, in generale, dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2011 per l'acquisto di servizi e interventi organizzati da soggetti del terzo settore (art.5). Le "Linee guida" dell'ANAC intendono sopperire alle carenze di norme definite nella materia in esame, "con lo scopo di fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore [...] nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione"(4).

Le "Linee guida" espongono un'ampia rassegna delle modalità di affidamento di servizi a enti del terzo settore no-profit. Un apposito paragrafo (n. 12) è riservato ai requisiti che deve possedere l'erogatore del servizio. Si considerano, in primo luogo, i requisiti di moralità. Le amministrazioni pubbliche che affidano la gestione di servizi sociali a enti del terzo settore devono verificare che offrano garanzie di moralità professionale quali anche dettagliatamente indicate nell'articolo 38 del Codice degli appalti pubblici (D.Lgs. 163/2006, prima citato). Gli enti affidatari devono, inoltre, adottare una propria "carta dei servizi" che deve indicare: i criteri per l'accesso ai servizi, le modalità del relativo funzionamento, le condizioni per facilitare le valutazioni del servizio da parte degli utenti e le procedure per assicurare la tutela dei beneficiari. La "carta dei servizi" deve anche indicare le modalità per attivare ricorsi, reclami e segnalazione nei confronti dei responsabili preposti alla gestione dei servizi.

La terza condizione che le "Linee guida" stabiliscono per l'affidamento dei servizi sociali è che le amministrazioni pubbliche affidanti devono verificare l'osservanza, da parte degli organismi no-profit affidatari, delle disposizioni del decreto 231. L'applicazione del decreto 231 garantisce l'affidabilità del soggetto erogatore e assicura che la prestazione affidata sarà svolta nel rispetto della legalità. D'altro canto – osserva l'ANAC – che il decreto 231 sia applicabile anche a questi soggetti si desume dal tenore letterale delle norme che ne prevedono l'obbligatorietà anche per le associazioni prive di personalità giuridica e per le società private concessionarie di un pubblico servizio.

---

4) Una nuova disciplina in materia di affidamento di servizi sociali potrà venire dall'attuazione della legge di delega 11/2016 per la predisposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 1, co. 1, lettera gg).



Gli enti no-profit devono quindi dotarsi di un Modello di organizzazione e gestione che preveda:

- l'individuazione delle aree a maggior rischio di compimenti di reati;
- la previsione di idonee procedure per la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente nelle attività definite a maggior rischio di compimento di reati;
- l'adozione di modalità di gestione delle risorse economiche idonee a impedire la commissione di reati;
- la previsione di un appropriato sistema di trasmissione delle informazioni all'organismo di vigilanza;
- la previsione di misure di tutela dei dipendenti che denunciano illeciti;
- l'introduzione di sanzioni per l'inosservanza dei modelli adottati.

L'adozione del Modello di organizzazione e gestione postula anche l'obbligo di nominare l'Organismo di vigilanza quale previsto dall'articolo 6 del decreto 231 e con i compiti ivi indicati. Gli enti pubblici che affidano l'esecuzione di servizi sociali a enti del terzo settore devono verificare l'osservanza, da parte loro, delle disposizioni del decreto 231.

La puntualizzazione dell'ANAC circa l'applicabilità del decreto 231 anche agli organismi no-profit rappresenta, sicuramente, un ulteriore elemento chiarificatore sulla famiglia dei suoi destinatari. Tuttavia non sufficiente per capire come debba essere intesa questa applicazione. Se, cioè, come requisito da possedere obbligatoriamente per avere l'affidamento dei servizi o come elemento che può offrire la garanzia della corretta esecuzione delle prestazioni. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (v. nota 3) potrebbe fornire utili chiarimenti al riguardo. Tuttavia non dimenticando che lo stesso codice affida all'ANAC ampi poteri interpretativi sull'applicazione delle sue norme. Le "Linee guida" in esame ne potrebbero rappresentare un'anticipazione.