

Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 6 – giugno 2016

PLENUM

rivista231.it

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE	6
<i>di Ranieri Razzante</i>	
3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	8
<i>di Ciro Santoriello</i>	
4. ORGANISMO DI VIGILANZA	12
<i>di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione</i>	
5. PROFILI INTERNAZIONALI	15
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	18
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Agli effetti dell'art. 25-septies del D.Lgs. 231/01 l'interesse e/o il vantaggio vanno letti come risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dello strumentario di sicurezza, ovvero come incremento economico conseguente all'aumento della produttività

Con sentenza 14.6.16 n. 24697 la Cassazione ha definito, confermando la sentenza di condanna adottata e confermata nei precedenti gradi di giudizio, un processo penale a carico del datore di lavoro di una società e della società medesima, quest'ultima per illecito amministrativo da reato in relazione alle lesioni occorse a un dipendente in conseguenza dell'attività lavorativa svolta.

In estrema sintesi questo il fatto: un dipendente si infortunava cadendo dalla torre di lavaggio di un impianto di frantumazione in quanto si era determinato a effettuare un rapido intervento di manutenzione nonostante fossero stati rimossi dei pannelli di legno utilizzati quali piano di calpestio, in sostituzione del grigliato mancante, al fine di colmare le aperture diversamente invece presenti lungo il passaggio.

Al legale rappresentante datore di lavoro (oltre che al dirigente responsabile dell'impianto giudicato separatamente) era contestata l'omessa vigilanza e, sotto il profilo della colpa specifica, la mancata adozione delle misure idonee a garantire che gli strumenti di lavoro fossero impiegati in conformità alle istruzioni impartite.

La Corte, nell'affrontare il caso in argomento, ribadisce alcuni principi già più volte espressi in punto di posizione di garanzia, nesso causale e prevedibilità dell'evento nonché, con riferimento all'illecito dell'ente, quanto alla sussistenza del vantaggio o interesse della società.

Sotto il primo profilo, il datore di lavoro ricopre una posizione di garanzia il cui connesso dovere è non solo verificare l'esistenza di adeguati presidi antinfortunistici, ma altresì il loro corretto impiego da parte degli stessi lavoratori.

L'eventuale condotta del lavoratore irrispettosa delle regole imposte dall'azienda assurge a serie causale autonoma (e quindi integra il c.d. fatto

abnorme) solo in tanto in quanto si sottragga a qualsivoglia possibilità di controllo da parte del datore di lavoro.

Di regola si ritiene che vi sia condotta abnorme del lavoratore allorché lo stesso abbia tenuto un comportamento esulante i confini delle mansioni lavorative allo stesso attribuite.

Poste tali premesse la Corte esclude che le argomentazioni dei giudici di merito (si trattava in tal caso di una “doppia conforme”) presentassero i vizi logici denunciati dai ricorrenti.

Riassume quindi così le motivazioni del tribunale di Trento: pur avendo il lavoratore operato in violazione di quanto previsto dal documento di valutazione dei rischi, la sua condotta non poteva definirsi abnorme. L'infortunio, a parere del Tribunale, era da attribuirsi alle omissioni del datore di lavoro che, per mesi, aveva consentito che si ponesse rimedio all'assenza del grigliato mediante l'impiego di tavole di legno inidonee a consentire un sicuro passaggio sulla torre di lavaggio.

La Corte d'appello aveva confermato l'adeguatezza delle motivazioni del tribunale trentino evidenziando inoltre come la denunciata ignoranza da parte del datore di lavoro della prassi invalsa in azienda per consentire il passaggio nella zona priva del grigliato ormai logoro, non poteva al più che confermare la responsabilità colposa del garante.

Afferma, quindi, la Corte, se nessun vuoto logico si riscontra nell'ordito motivazionale, neppure può esaminarsi la doglianza di travisamento della prova trattandosi, come detto, di doppia conforme.

Quanto al secondo profilo, ovvero più specificatamente alla posizione dell'ente, nuovamente la Corte ribadisce i concetti già espressi anche e soprattutto dalla sentenza Thyssen secondo cui, come noto, interesse e vantaggio sono due requisiti diversi e alternativi, il primo esprime una valutazione teleologica del reato, il secondo ha una connotazione maggiormente oggettiva valutabile *ex post*.

Conferma, quindi, la Corte come per non privare di rilevanza l'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti anche per i reati colposi tra cui appunto le lesioni aggravate dall'essere state commesse per violazione di presidi antinfortunistici, l'interesse o vantaggio non può che essere valutato rispetto alla condotta commissiva od omissiva colposa, non certo all'evento.

A parere della Cassazione i giudici di merito hanno fatto corretta applicazione di tali interpretazioni nell'esaminare la vicenda oggetto di processo.

La società chiamata a rispondere del delitto del suo legale rappresentante, come evidenziato dal Tribunale, infatti, si sarebbe avvantaggiata delle spese risparmiate nel non adottare le precauzioni necessarie a impedire infortuni in azienda.

In particolare, non condividendo quanto espresso nella relazione tecnica predisposta dal consulente della difesa, secondo cui l'impiego come passerella di pannelli di legno in luogo del grigliato metallico non consentiva di limare i costi essendo gli stessi molto simili sotto il profilo della spesa da sostenere, ha piuttosto considerato la circostanza che i pannelli di legno fossero già a disposizione dell'azienda.

Ha inoltre valorizzato correttamente il Tribunale, a parere della Corte, come anche un interesse o vantaggio esiguo non esclude l'illecito amministrativo da reato tenuto conto che gli effetti non necessariamente sono parametrati alla gravità o meno della violazione.

Anche la Corte territoriale condivideva tale posizione, a sua volta fatta propria dalla Suprema Corte, evidenziando come la scelta di optare per i pannelli di legno consentiva non solo di evitare il fermo dell'impianto (quindi non interrompendo neppure momentaneamente la produttività dello stabilimento) ma anche di ricorrere a una soluzione immediatamente fruibile data la disponibilità in stabilimento del materiale.

Circostanze queste integranti un vantaggio per quanto indiretto per l'ente.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Terrorismo e nuove tecnologie: le esperienze a confronto

La presentazione della ricerca “Terrorismo e Nuove Tecnologie” curata dal sottoscritto e dal Prof. Roberto Mugavero, rispettivamente direttori dell'Osservatorio sul Riciclaggio e Finanziamento del Terrorismo e dell'Osservatorio sulla Sicurezza e Difesa CBRNe, svoltasi lo scorso 21 giugno nella sala dei Gruppi Parlamentari presso la Camera dei Deputati, ha riscosso un grande successo, confermando le aspettative previste.

La ricerca aveva lo scopo di gettare una luce sulle nuove tecnologie utilizzate, o potenzialmente utilizzabili, dai terroristi, sia dal punto di vista operativo, sia da quello concernente il finanziamento.

Il mio Osservatorio ha curato la parte relativa ai nuovi strumenti utilizzabili per reperire fondi, concentrandosi particolarmente sul ruolo delle valute virtuali quali i *bitcoin*, le carte prepagate, i social media.

In relazione ai *bitcoin* è emerso come questi siano particolarmente richiesti e circolino all'interno di quello che viene comunemente definito come *deep web*. La parte oscura di *internet* contiene infatti vari siti ove è possibile acquistare, pagando in *bitcoin*, armi, droga o documenti falsi, permettendo di mantenere l'anonimato.

L'evento, suddiviso in due panel, ha visto la presenza di esponenti della politica nazionale e dei vertici delle forze dell'ordine italiane i quali hanno contribuito, ognuno sulla base della propria *expertise*, ad animare il confronto su un tema particolarmente attuale come quello del terrorismo.

Sono particolarmente grato all'On. Marco Minniti, Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio e Autorità Delegata per la Sicurezza della Repubblica, per aver aperto la prima parte dei lavori con un intervento particolarmente lucido e preciso, che ha fornito interessanti spunti di riflessione per tutto l'uditorio composto da esponenti del mondo istituzionale, militare, accademico, e privato.

I successivi interventi dell'On. Cosimo Ferri, Sottosegretario alla Giustizia, dell'On. Stefano Dambruoso, Questore della Camera, dell'On. Andrea

Manciulli, Presidente Delegazione Parlamentare presso la NATO, hanno confermato come il terrorismo rappresenti un fenomeno che si manifesta attraverso forme assolutamente ibride e di difficile controllo.

Lo sfruttamento di traffici illeciti quale strumento di finanziamento, l'utilizzo di *social media* per attività di *funding* e reclutamento, nonché la presenza di numerosi *foreign fighters* mantengono alto il livello di attenzione verso un fenomeno in continua evoluzione.

Tuttavia è emerso anche il ruolo primario dell'Italia nel contrasto di tale realtà, la quale, attraverso strumenti particolarmente efficaci quali il C.A.S.A. (Comitato di Analisi Strategica Antiterrorismo), rappresenta un punto di riferimento per tutte le istituzioni europee che cooperano in tale contesto.

Particolarmente grato sono altresì ai relatori che sono intervenuti nel secondo *panel*, più tecnico, e che hanno permesso alla platea di conoscere concretamente l'attività posta in essere dalle forze di polizia e dalla magistratura nei confronti della minaccia terroristica.

In questo secondo *panel* è emersa altresì la necessità di rafforzare la cooperazione nei confronti della *information sharing* tra i vari Paesi europei auspicando la realizzazione di una intelligence europea.

Auspico che l'evento appena svoltosi possa rappresentare l'inizio di una serie di incontri di altissimo livello, anche tramite questa Rivista, finalizzati ad affrontare il fenomeno in modo analitico e aperto coinvolgendo la società civile e le Istituzioni.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. VI, 19 aprile 2016 (dep. 13 maggio 2016), n. 20098; ROTUNDO, Presidente, CAPOZZI Estensore; BALSAMO P.M. (conf.); *Gastronomia Salv' S.r.l.*, imp.

Responsabilità da reato degli enti - Prescrizione del reato presupposto - Successivamente alla contestazione dell'illecito all'ente - Irrilevanza – Ragioni (codice penale, artt. 157, 158, 159, 160, 161; D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 8, 22)

In tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio. Rispetto a tale interruzione della prescrizione nei confronti dell'ente non rileva la circostanza che nel frattempo sia intervenuta la prescrizione nei confronti della persona fisica autore del reato presupposto (1)

(1) 1. La pronuncia non presenta profili di novità ed è conforme al combinato disposto di cui agli articoli 8, comma 1, lett. a) e 22 D.Lgs. n.231 del 2001. In base alla prima disposizione “la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: ... b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia”, mentre la disciplina in tema di prescrizione nel processo contro gli enti prevede che:

1. Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato.
2. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59.
3. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.
4. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”.

2. La medesima impostazione riportata in massima è presente in Cass., sez. II, 15 dicembre 2001, Cerasino, in Mass. Uff., n. 256705, secondo cui “in tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio” e in Cass., sez. V, 4 aprile 2013, Citibank, in Mass. Uff., n. 255415), secondo cui, l'intervenuta prescrizione del reato presupposto successivamente alla contestazione all'ente dell'illecito non ne determina l'estinzione per il medesimo motivo, giacché il relativo termine, una volta esercitata l'azione, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica.

Si ricorda comunque che, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice deve comunque procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato (Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, Barla, in Mass. Uff., n. 255369).

3. In dottrina, cfr. GALLUCCIO, Ancora in tema di sospensione condizionale e procedimento penale a carico dell'ente, in Cass. Pen., 2012, 3516; BENDONI, Il rapporto fra confisca per equivalente e prescrizione, ivi, 2014, 1226.

Nella Riv. Resp. Amm. Enti, si vedano SALVATORE, L'interruzione della prescrizione nel sistema del d.lgs 231/2001, in n. 2 del 2009; BELTRANI, La responsabilità dell'ente da reato prescritto (Commento a Cass. pen., n. 21192, 25 gennaio 2013), in n. 2 del 2014

Corte cassazione, sez. VI, 22 aprile 2016 (dep. 31 maggio 2016), n. 23013; CONTI, Presidente, CORBO Estensore; ANIELLO P.M. (conf.); VBIO 1 S.A. S.r.l.

Responsabilità da reato degli enti – Sanzioni – Confisca del profitto del reato presupposto – Nozione di profitto – Profitto nei cosiddetti reati in contratto (codice penale, artt. 240, 322-ter; d.lg. n. 231 del 2001, artt. 19, 53)

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto della confisca di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 231 del 2001 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone (1)

(1) 1. La tesi esposta nella massima è ormai consolidata a partire da Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italmimpianti, (in Mass. Uff., n. 239924), nella cui motivazione si precisa che, nella ricostruzione della nozione di profitto oggetto di confisca, non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico - quali ad esempio quelli del "profitto lordo" e del "profitto netto" -, ma che, al contempo, tale nozione non può essere dilatata fino a determinare una irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui l'ente, adempiendo al contratto, che pure ha trovato la sua genesi nell'illecito, pone in essere un'attività i cui risultati economici non possono essere posti in collegamento diretto e immediato con il reato.

Nello stesso senso, più di recente, Cass., sez. VI, 14 luglio 2015, Azienda Agraria Greenfarm Di Guido Leopardi, (in Mass. Uff., n. 264941), in cui la Corte ha ritenuto viziato il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente avente ad oggetto somme di denaro considerate profitto derivante dal reato di corruzione e quantificate facendo riferimento non già al vantaggio consistito nella realizzazione di un impianto di energia alternativa illecitamente autorizzato per effetto dell'accordo corruttivo, ma alle somme liquidate alla società a seguito della erogazione di energia elettrica in base alla convenzione successivamente stipulata con l'ente gestore.

2. In dottrina, EPIDENDIO – ROSSETTI, La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1263; MONGILLO, La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 1738; PISTORELLI, Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite, in *Cass. Pen.*, 2008, 4544; LOTTINI, Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001, in *Soc.*, 2009, 351.

Nella *Riv. Resp. Amm. Enti*, si vedano PISTORELLI, Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni unite della Cassazione, in n. 4 del 2008; PRESUTTI, Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo, in n. 3 del 2009.

ORGANISMO DI VIGILANZA

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

La gestione del rischio fiscale ai nastri di partenza

Il 14 aprile 2016 l’Agenzia delle Entrate ha pubblicato il primo Provvedimento (prot. 54237/2016) con cui prende di fatto avvio il regime di adempimento collaborativo tra Fisco e impresa.

Fonte normativa di riferimento è il D.Lgs. 128/2015 (“disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23”) che ha elevato a rango di norma giuridicamente rilevante il concetto di *cooperative compliance* in ambito fiscale.

Il nuovo sistema si basa sulle positive esperienze riscontrate in altri Paesi dove un rapporto trasparente e collaborativo tra amministrazione finanziaria e impresa, volto a prevenire le criticità più che a sanzionarle *ex post*, ha prodotto benefici per i singoli e per l’intero sistema nazionale.

Chiaro l’intento del legislatore, che all’art. 3 del D.Lgs. 128/2015 stabilisce che “al fine di promuovere l’adozione di forme di comunicazione e di cooperazione rafforzate basate sul reciproco affidamento tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, nonché di favorire nel comune interesse la prevenzione e la risoluzione delle controversie in materia fiscale, è istituito il regime di adempimento collaborativo fra l’Agenzia delle entrate e i contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria, ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell’ordinamento tributario”.

I vantaggi per le imprese sono interessanti e consistono in minori adempimenti, riduzione delle eventuali sanzioni, forme di interpello preventivo con procedura abbreviata.

Così come chiarito nel citato Provvedimento emanato dall’Agenzia, per “rischio fiscale” si deve intendere il rischio di “operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o le finalità dell’ordinamento”; per “sistema di controllo del rischio fiscale” si deve

intendere “un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale”.

La possibilità di aderire al c.d. “adempimento collaborativo” - definito quale regime esistente “fra l’Agenzia delle entrate e i contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale”- è per ora riservata ai soggetti di grandi dimensioni (classe formata dalle seguenti casistiche:

- a. residenti e non residenti che realizzano un volume di affari o di ricavi non inferiore a dieci miliardi di euro;
- b. soggetti residenti e non residenti che realizzano un volume di affari o di ricavi non inferiore a un miliardo di euro e che abbiano presentato istanza di adesione al Progetto Pilota;
- c. imprese che intendono dare esecuzione alla risposta dell’Agenzia delle Entrate, fornita a seguito di istanza di interpello sui nuovi investimenti, di cui all’art. 2 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147, indipendentemente dal volume di affari o di ricavi) ma nei prossimi anni sarà estesa.

In considerazione di tale prospettiva di estensione, appare utile che le imprese inizino a verificare l’implementazione del sistema di gestione del rischio in parola all’interno del proprio sistema di controllo interno.

Il modello 231/2001 rappresenta l’ambiente ideale in cui inserire il sistema di controllo in parola; già nel progetto pilota dell’Agenzia delle Entrate la stessa prevedeva quale requisito di accesso, tra gli altri, che l’impresa avesse “adottato modelli di organizzazione e di gestione di cui all’articolo 6 del D.Lgs. 231/2001 o aver adottato un sistema di gestione e controllo del rischio fiscale (cd.. *Tax Control Framework*)”.

La predisposizione di un sistema di gestione del rischio fiscale rappresenta un progetto che deve essere posto all’attenzione dei diversi organi di controllo aziendali per poi essere discusso con il vertice aziendale.

Ma quali sono i requisiti di tale sistema? Il Provvedimento del 14 aprile li suddivide in diverse aree:

a) Strategia fiscale

Il sistema deve contenere una chiara e documentata strategia fiscale nella quale siano evidenziati gli obiettivi dei vertici aziendali in relazione alla variabile fiscale. La strategia deve riflettere la propensione al rischio dell’impresa, il grado di coinvolgimento dei vertici aziendali nelle decisioni

di pianificazione fiscale e gli obiettivi che l'impresa si pone in relazione ai processi di gestione del rischio fiscale.

b) Ruoli e responsabilità

Il sistema deve assicurare una chiara attribuzione di ruoli a persone con adeguate competenze ed esperienze, secondo criteri di separazione dei compiti. Il sistema deve altresì esplicitare le responsabilità connesse ai ruoli in relazione ai processi di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale e garantire il rispetto delle procedure a tutti i livelli aziendali.

c) Procedure

Il sistema deve prevedere efficaci procedure per lo svolgimento delle seguenti attività:

rilevazione del rischio: mappatura dei rischi fiscali associati ai processi aziendali;

misurazione del rischio: determinazione dell'entità dei rischi fiscali in termini quantitativi e qualitativi;

gestione e controllo del rischio: definizione e attuazione dell'azione o dell'insieme di azioni finalizzate a presidiare i rischi e prevenire il verificarsi degli eventi.

d) Monitoraggio

Il sistema deve prevedere efficaci procedure di monitoraggio che, attraverso un ciclo di autoapprendimento, consentano l'individuazione di eventuali carenze o errori nel funzionamento dello stesso e la conseguente attivazione delle necessarie azioni correttive.

e) Adattabilità rispetto al contesto interno ed esterno

Il sistema deve adattarsi ai principali cambiamenti che riguardano l'impresa, ivi comprese le modifiche della legislazione fiscale.

f) Relazione agli organi di gestione

Il sistema deve prevedere, con cadenza almeno annuale, l'invio di una relazione agli organi di gestione, per l'esame e le valutazioni conseguenti, contenente gli esiti dell'esame periodico e delle verifiche effettuate sugli adempimenti tributari, le attività pianificate, i risultati connessi e le misure messe in atto per rimediare alle eventuali carenze emerse a seguito di monitoraggio.

Ulteriore aspetto sottolineato dall'Agenzia attiene ai flussi informativi i quali devono essere "accurati, completi, tempestivi e facilmente accessibili e garantire la circolazione delle informazioni a tutti i livelli aziendali".

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

Il Global Compact delle Nazioni Unite: l'iniziativa strategica di cittadinanza d'impresa

Una via per l'affermazione internazionale dell'impresa sostenibile italiana

Sono più di 200 le aziende e organizzazioni italiane che hanno aderito al Global Compact delle Nazioni Unite (www.unglobalcompact.org) che promuove comportamenti proattivi nel campo della tutela dei diritti umani, dell'ambiente, della sicurezza sul lavoro, della lotta alla corruzione e, più in generale, a supporto dei più ampi obiettivi di sviluppo posti dalle Nazioni Unite stesse.

Il Global Compact può essere definito come un codice volontario che copre alcune aree critiche con cui si confronta oggi l'economia di mercato sotto il profilo etico.

Rispetto ad altre iniziative, normative e codici di comportamento che si propongono obiettivi analoghi (OECD Guidelines for Multinational Enterprises; ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy; Global Reporting Initiative; Extractive Industries Transparency Initiative; Csr Europe; Emas; Iso 9001 e altri) il sistema Global Compact si posiziona in modo particolare.

Ad esso difatti aderiscono aziende, università, business school e ONG, ma anche istituzioni ed enti pubblici dei diversi Paesi.

Esso propone, obiettivi di sistema che non possono essere raggiunti senza sinergie tra mondo imprenditoriale e istituzioni.

I promotori sono consci del fatto che le modalità per realizzare gli obiettivi non possono essere le stesse in contesti sociali, economici e politici molto diversi: di qui la scelta di costituire *network* nazionali in cui le imprese possono mettere a punto metodologie di intervento e attivare iniziative di formazione.

Il Global Compact richiede alle aziende e alle organizzazioni che vi aderiscono, di condividere, sostenere e applicare nella propria sfera di influenza un insieme di principi fondamentali, relativi a diritti umani, standard lavorativi, tutela dell'ambiente e lotta alla corruzione.

In particolare richiede quanto segue

A) Diritti Umani

1. Promuovere e rispettare i diritti umani universalmente riconosciuti nell'ambito delle rispettive sfere di influenza
2. Assicurarsi di non essere, seppure indirettamente, complici negli abusi dei diritti umani

B) Lavoro

3. Sostenere la libertà di associazione dei lavoratori e riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva
4. Eliminare tutte le forme vizio forzato e obbligatorio
5. Eliminare effettivamente il lavoro minorile
6. Eliminare ogni forma di discriminazione in materia di impiego e professione

C) Ambiente

7. Sostenere un approccio preventivo nei confronti delle sfide ambientali
8. Intraprendere iniziative che promuovano una maggiore responsabilità ambientale
9. Incoraggiare lo sviluppo e la diffusione di tecnologie che rispettino l'ambiente

D) Lotta alla corruzione

10. Impegnarsi a contrastare la corruzione in ogni sua forma, incluse l'estorsione e le tangenti

L'implementazione dei principi fa riferimento agli obiettivi contenuti in alcune dichiarazioni di portata universale con particolare riguardo a:

- Dichiarazione Universale dei Diritti Umani;
- Dichiarazione ILO sui principi e diritti fondamentali del lavoro;
- Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo ;
- Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

Nel settembre del 2000, le Nazioni Unite hanno adottato la Dichiarazione del Millennio allo scopo di dimezzare la povertà nel mondo entro il 2015 e promuovere lo sviluppo globale.

Il documento fissava otto Obiettivi di Sviluppo del Millennio che da allora rappresentano il più importante quadro di orientamento per la cooperazione internazionale allo sviluppo.

La comunità internazionale intende continuare anche in futuro ad affrontare le sfide globali puntando a obiettivi concreti: una nuova agenda per lo sviluppo e la sostenibilità, indicherà la via da seguire dopo il 2015 (i cosiddetti Sustainable Development Goals, SDGs).

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

Società in house: fallibilità e nuove norme sulle partecipate pubbliche. Correlazioni anche con la disciplina del decreto 231

L'atipicità della società *in house* nel vigente quadro ordinamentale societario l'ha posta, finora, ai margini dell'applicazione del decreto 231 (dopo, anche solo decreto, o 231). La situazione non è mutata anche dopo le pronunce della Corte di Cassazione (II sez. pen. n. 28699/2010 e n.234/2011) che hanno ritenuto che la disciplina del decreto vada estesa anche alle società pubbliche. Indipendentemente, infatti, dall'elemento terminologico, le caratteristiche della società *in house* sono tali da non consentirne l'agevole sottoposizione alle norme del decreto 231 (1).

Fatti nuovi inducono ora a ripensare la questione, ancorché non totalmente dirimenti circa la possibilità di includerla, definitivamente, tra i destinatari del 231.

La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza n. 214 del 27 ottobre 2015, ha dichiarato la fallibilità di una società *in house*. La pronuncia va ad aggiungersi alle precedenti che già hanno concluso in questo senso, laddove altra giurisprudenza è pervenuta ad opposto convincimento. Così, da ultimo, la Corte d'Appello dell'Aquila, con sentenza n. 304 del 3 marzo 2015. La Corte d'Appello dell'Aquila – richiamando le argomentazioni sviluppate dalla Corte di Cassazione (sent. n. 26283/2013) circa le connotazioni della società *in house* la quale ha solo la forma esteriore della società laddove, nella realtà, costituisce un'articolazione della pubblica amministrazione che non si colloca al di fuori di essa – conclude che gli elementi che la contraddistinguono (ente formato da soci di natura esclusivamente pubblica; esercizio della sua attività in prevalenza a favore

¹ In punto, MANACORDA, Società *in house*: la non fallibilità complica l'applicazione del decreto 231, in La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2, 2016, pag. 187 ss.

dei soci; sottoposizione a un controllo analogo a quello che gli enti pubblici costituenti esercitano sui loro uffici) ne impediscono la dichiarazione di fallimento. Gli effetti del fallimento finirebbero infatti, comunque, per ricadere sul patrimonio dello stesso o degli stessi enti pubblici costituenti.

Se dunque sussistono – come evidenziato dalla Suprema Corte – vincoli così stretti tra società *in house* ed ente pubblico costituente, non sembra infondato supporre che non si rendano applicabili ad essa le norme del decreto 231. Considerato infatti che questo tipo di società rientra tra gli “strumenti” di cui si avvalgono Stato ed enti pubblici territoriali per l’esercizio delle loro funzioni, e che l’esclusione di questi enti dalla disciplina del 231 è espressamente stabilita dall’articolo 1, comma 3, dello stesso decreto, i vincoli che intercorrono tra società ed enti costituenti attrarrebbero anch’essa, per fisiologica conseguenza, tra i soggetti esclusi.

Con la sentenza riferita, la Corte d’Appello di Napoli dichiara che si può dichiarare il fallimento anche della società *in house*.

In sintesi, ritiene che le argomentazioni sviluppate dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 26283/2013 e poste alla base delle pronunce dei giudici di merito per dichiarare la non fallibilità della società *in house* non assumano pregio a questi fini. Richiamarle appare, anzi, non corretto.

I Giudici partenopei osservano che esse attengono piuttosto al problema dell’azione del giudice contabile per danno erariale nei confronti degli amministratori della società con questa natura. Per sostenere la possibilità di dichiarare il fallimento anche della società *in house*, il Giudice di Napoli ritiene più pertinente il richiamo della sentenza sempre della Suprema Corte n 22209/2013. Qui si sottolinea che “in tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza”. Donde la possibilità anche di sottoporle a procedure concorsuali, sempre applicabili a soggetti che abbiano assunto la forma societaria, con ciò sottoponendosi volontariamente alla disciplina privatistica.

A ulteriore sostegno della loro tesi, i Giudici di Napoli richiamano anche la legge di delega sulla riforma della pubblica amministrazione 124/2015. Osservano che, dalla normativa contenuta nella legge, non sono deducibili indici normativi che consentano di qualificare la società *in house* come ente

pubblico. Quindi, come tale, non assoggettabile alla legge fallimentare (art. 1 R.D. 257/1942, e s.m.i.). Non può esserci dichiarazione di fallimento di una società *in house* soltanto se è dimostrabile che essa non eserciti un'attività commerciale. Se c'è attività commerciale, anche la società *in house* può incorrere nel fallimento.

D'altro canto, comportamenti scorretti di amministratori di società quali quelle in discorso possono produrre danno non soltanto al patrimonio pubblico ma anche a terzi (creditori, altri). L'elemento che rileva ai fini della dichiarazione di fallimento di una società *in house* è, dunque, l'esercizio o non di attività commerciale. E questa attività trova definizione nell'articolo 2195 del codice civile (attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; attività intermediaria nella circolazione dei beni; attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; attività bancaria o assicurativa; altre attività ausiliarie delle precedenti).

Le norme contenute nella citata legge di delega di riforma della pubblica amministrazione 124/2015 ora hanno già trovato attuazione nello "Schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica". L'articolo 1 del decreto dispone, in via generale, che, per quanto non derogato dal decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile. Ed anche nelle norme seguenti si conferma il principio (ad es. artt. 12, 16). Il quadro normativo che si va formando anche sulle società *in house* (anch'esse sono pur sempre società a partecipazione pubblica) sembrerebbe dunque confermare l'orientamento della Corte d'Appello di Napoli. In definitiva, anche una società *in house* può essere dichiarata fallita.

Guardando dunque al quadro giurisprudenziale e normativo formatosi per le società *in house*, sembra di dover pervenire a queste conclusioni.

Se la società esercita attività commerciale, assume una posizione di terzietà rispetto all'ente pubblico costituente. Donde la possibilità di dichiararne il fallimento.

Se per contro non svolge attività commerciale, permane quella sorta di congiunzione personale con l'ente pubblico. Conseguentemente, per le ragioni esplicitate anche nella sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila, la fallibilità viene esclusa. Sul punto, la riforma della pubblica amministrazione appare piuttosto totalizzante, ma non fornisce elementi chiarificatori specifici sulla questione.

L'esercizio di attività commerciale potrebbe allora anche essere, così come per l'applicazione delle norme sul fallimento, un elemento di indirizzo per la sottoposizione o non della società *in house* alla disciplina del decreto 231. Se c'è attività commerciale, il 231 va applicato. Ove, per contro, la società svolga tutta l'attività a favore dell'ente pubblico costituente, ne ricompare la natura di soggetto non estraneo all'amministrazione pubblica costituente. E così, come questa è esclusa – come ricordato in precedenza – dall'applicazione del decreto 231, ne conseguirebbe anche l'esenzione per la società *in house*.

Per definire la questione, sono sufficienti queste semplicistiche considerazioni? Ne dubitiamo. Infatti, che una società *in house* possa svolgere anche attività commerciale è implicito e ammesso dal suo stesso modello organizzativo. L'attività libera – quantunque a condizioni specifiche – è prevista nella misura del 20% dell'intera attività.

In presenza di questa situazione, così come sono applicabili le norme civilistiche sul fallimento, diventano applicabili anche le norme del decreto 231? Astrattamente si potrebbe anche rispondere affermativamente. Nella realtà, tenendo conto della duplice veste comunque assunta dalla società *in house*: ente strumentale della pubblica amministrazione costituente ed ente commerciale, l'applicazione del 231 si fa più difficile. Come si imposta il Modello di organizzazione e gestione? Come si individuano i responsabili cui applicare le sanzioni del 231? E le stesse sanzioni previste dal decreto 231 verrebbero frazionate? Questo anche soltanto per evidenziare alcune difficoltà di applicazione del decreto alla società *in house*.

Le incertezze potrebbero essere risolte soltanto dal legislatore o da giudici attenti anche alla speciale disciplina recata dal decreto 231.