Circolare 231

approfondimenti, notizie e informazioni

gennaio 2024

PLENUM

rivista231.it

1. **AMBIENTE E SICUREZZA** 3

di Marina Zalin

2. **AMBIENTE E SICUREZZA** 6

di Mariagrazia Pellerino e Ilaria Tolio

3. **ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE** 9

di Ranieri Razzante e Camilla Levis

4. **GIURISPRUDENZA ANNOTATA** 11

di Ciro Santoriello

4. **MISURE DI PREVENZIONE** 15

di Michele Bonsegna e Serena Miceli

5. **SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI** 17

di Ernesto Devito

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

L'errata contestazione del reato presupposto nel capo d'imputazione non conta se è mero errore materiale

Con la sentenza del 20 dicembre 2023, n. 50770, la Corte di Cassazione, terza sezione penale, affronta il tema della corretta individuazione del reato presupposto nel capo di imputazione e nella sentenza di condanna, disattendendo peraltro le conclusioni del Pubblico Ministero che chiedeva l'accoglimento del ricorso della Società.
All'esito del giudizio di merito, il Tribunale di Campobasso pronunciava sentenza di condanna nei confronti della Società per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*undecies,* comma 2, D.Lgs. 231/2001, in relazione al reato presupposto di cui all'art. 256, commi 1 e 2, D.Lgs. 152/2006 commesso dal soggetto apicale.
Nello specifico, quest'ultimo avrebbe consentito che alcuni impianti di depurazione effettuassero uno smaltimento illecito di fanghi di depurazione, assicurando così un vantaggio alla propria Società.

L'ente propone ricorso per cassazione lamentando, con il primo motivo, inosservanza o erronea applicazione della legge penale con riferimento agli articoli 2 e 25-*undecies* D.Lgs. 231/2001 per aver condannato la Società a fronte di un reato commesso dal soggetto apicale che non è incluso nel catalogo dei reati presupposto, ossia la contravvenzione di cui all'art. 256 comma 2 d.lgs. 152/2006.
Anche il Pubblico Ministero, aderendo alle doglianze proposte dal ricorrente, chiede l'accoglimento del ricorso e l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, in quanto la fattispecie di cui all'art. 256, comma 2, D.Lgs.152/2006 non rientra tra i reati per cui è configurabile l'illecito amministrativo di cui la Società ricorrente è stata ritenuta responsabile.

La Suprema Corte ritiene infondato il ricorso dell'ente perché l'erronea indicazione della norma violata - nel capo di imputazione e in alcuni punti della sentenza - è consistita in un mero errore materiale.
Ciò che conta ai fini dell'accusa, secondo la cassazione, non è tanto l'indicazione degli articoli di legge, quanto invece la compiuta descrizione del

fatto. Precisa la Corte che "*è senz'altro vero che l'articolo 256, comma 2, del D.Lgs.152/2006 non è incluso nel catalogo dei reati presupposto, ma lo è il comma 1* […] *parimenti contestato.* […] *È quindi evidente che l'indicazione - nel capo d'imputazione - di un reato presupposto non incluso nel catalogo 231 sia frutto di un mero errore grafico da parte dell'Ufficio requirente".*

Prosegue la Corte rilevando che è proprio il contenuto della pronuncia in questione a far comprendere che il riferimento è, correttamente, all'articolo 256 comma 1: (1) anzitutto la condotta contestata per la quale è stata pronunciata la condanna è di *smaltimento* illecito di rifiuti, rientrante nelle condotte del comma 1, e non *abbandono* o *deposito incontrollato,* di cui al comma 2; (2) inoltre, nella determinazione del trattamento sanzionatorio, il giudice non ha operato alcun aumento, né per concorso formale di reati, né per continuazione; (3) infine, in due momenti la sentenza esplicitamente attribuisce alle persone fisiche esclusivamente la condotta di cui all'art. 256, comma 1 del testo unico ambientale, l'unica a costituire reato presupposto dell'illecito amministrativo dell'ente.

In definitiva, a fronte di un capo di imputazione contenente il riferimento normativo errato, ossia l'articolo 256, comma 2 del testo unico ambientale, che non costituisce reato presupposto della responsabilità dell'ente, la pronuncia di legittimità recupera aderenza alla contestazione corretta ossia all'articolo 256 comma 1 da un punto di vista sostanziale.
Richiamando i punti della motivazione che contengono i riferimenti corretti, la cassazione conclude sostenendo che il giudice di merito avrebbe dato *"conto, in modo esplicito, della circostanza che, indipendentemente dalla contestazione, l'unica violazione addebitabile alla società quale reato presupposto fosse quella inclusa nel «catalogo 231»."*

Le motivazioni fornite dalla cassazione sembrano celare il tentativo di rimediare a un duplice errore: quello della Procura nel capo d'imputazione e quello del giudice del dibattimento nel dispositivo della sentenza.
Se si fosse trattato di un mero errore materiale ovvero grafico probabilmente non si sarebbe resa necessaria un'opera esegetica delle motivazioni di merito.
Il dubbio appare ancor più legittimo in una materia come il diritto ambientale, nella quale la distinzione tra le condotte di smaltimento o gestione illecita, abbandono e deposito incontrollato di rifiuti non è sempre immediata.

Solo la lettura del capo d'imputazione ci consentirebbe di comprendere appieno la portata di tale salvataggio che, in questi termini, appare la conferma di una condanna fondata su un capo di imputazione indeterminato, ovvero errato.
Se, infatti, il giudice del dibattimento si fosse concretamente avveduto dell'errore avrebbe potuto, a seconda dei casi, pronunciare un'ordinanza di nullità del decreto di citazione per indeterminatezza del capo d'imputazione, così onerando il Pubblico Ministero all'integrazione, oppure dare ai fatti la qualificazione giuridica corretta nella sentenza.

In una prospettiva più ampia, la pronuncia fa eco alla prassi delle Procure di redigere capi d'incolpazione estremamente generici a carico degli enti, la cui responsabilità *ex* D.Lgs. 231/2001, *rectius* colpa di organizzazione, più che provata appare molto spesso meramente desunta dalla commissione di un fatto costituente reato presupposto.

AMBIENTE E SICUREZZA

di Mariagrazia Pellerino e Ilaria Tolio, Studio legale Pellerino

La responsabilità del preposto per non aver interrotto l'attività lavorativa pericolosa

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sezione IV Penale, 22 novembre 2023, n. 46855) ha affrontato il tema della responsabilità del preposto per l'infortunio mortale del lavoratore.

Si ricorda che il preposto, ai sensi dell'articolo 2 "Definizioni" lett. e) D.Lgs. 81/2008, è la "*persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa*".

Nel caso di specie il preposto era stato ritenuto colpevole di avere cagionato, nella sua qualità di capocantiere, la morte di un lavoratore caduto da una altezza di circa 10 metri durante lo svolgimento dei lavori di rimozione di lastre di eternit poste sulla copertura di alcuni capannoni industriali, per colpa consistita in negligenza, imprudenza e imperizia, nonché in violazione di norme poste a tutela della sicurezza sul lavoro, in ragione della riscontrata carenza di presidi di sicurezza contro la caduta dall'alto, di tipo sia collettivo (ponteggi, reti di sicurezza, tavole), sia individuali (linea vita, cinture di sicurezza), e di aver fatto proseguire i lavori nelle condizioni indicate fino alla verificazione del sinistro, nonostante il giorno precedente fosse stato informato verbalmente dal responsabile per la sicurezza del cantiere della necessità di sospendere i lavori, stante appunto l'assenza nel cantiere di idonee misure di sicurezza contro la caduta dall'alto.

La sentenza di condanna pronunciata in primo grado dal Tribunale di Brescia veniva confermata dalla Corte di appello di Brescia.
La difesa dell'imputato proponeva ricorso per Cassazione che veniva dichiarato inammissibile.
Ad avviso dei giudici di legittimità l'atto di impugnazione si sarebbe limitato a operare una rilettura in fatto delle emergenze probatorie acquisite, rispetto alla quale la motivazione resa dai giudici di secondo grado aveva, senza

illogicità alcuna, adeguatamente rappresentato le ragioni della ritenuta integrazione della condotta criminosa da parte dell'imputato.

A tal proposito la Cassazione evidenzia come l'imputato, al momento dei fatti, ricoprisse la qualifica, espressamente assegnatagli dal P.O.S., di preposto.
Al fine di arrivare a tale conclusione i giudici di legittimità sottolineano come l'imputato avesse il possesso di tutti i documenti relativi ai lavori, avesse ammesso di essere stato nominato responsabile del cantiere, disponesse di un'adeguata competenza tecnica, per aver ricevuto una formazione specifica da parte della società di cui era dipendente, fosse inquadrato nell'organigramma aziendale all'interno di un ufficio tecnico, fosse il referente diretto degli operai, al quale riferivano il lavoro svolto e prendevano direttive su quello da espletarsi, avesse fornito ai lavoratori la documentazione relativa al cantiere e al piano di lavoro, fosse costantemente aggiornato sullo stato di avanzamento dei lavori, anche direttamente relazionandosi con il committente.

Si precisa che i fatti oggetto di giudizio si collocano in un periodo antecedente all'entrata in vigore del D.L. 146/2021 convertito, con modificazioni nella Legge 215/2021, che, come è noto, oltre ad aver introdotto l'obbligo per il datore di lavoro di individuazione dei preposti, ha rivisto il ruolo di tale figura attraverso il rafforzamento delle funzioni di vigilanza e l'attribuzione di nuovi compiti e poteri.
Ai sensi dell'articolo 19 "*Obblighi del preposto*" del D.Lgs. 81/2008, il primo compito attribuito al preposto è quello di sovrintendere e vigilare sull'osservanza da parte dei singoli lavoratori dei loro obblighi di legge, nonché delle disposizioni aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuale messi a loro disposizione.

A seguito delle modifiche citate, il preposto, in caso di rilevazione di comportamenti non conformi alle disposizioni e istruzioni impartite dal datore di lavoro e dai dirigenti ai fini della protezione collettiva e individuale, deve, innanzitutto, intervenire per modificare il comportamento non conforme fornendo le necessarie indicazioni di sicurezza.

In caso di mancata attuazione delle disposizioni impartite o di persistenza dell'inosservanza, il preposto è tenuto a interrompere l'attività del lavoratore e ad informare i superiori diretti.

Ancora, in caso di rilevazione di deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e di ogni condizione di pericolo rilevata durante la vigilanza il preposto, deve ora, se necessario, interrompere temporaneamente l'attività e, comunque, segnalare tempestivamente al datore di lavoro e al dirigente le non conformità rilevate.

Sono, invece, rimasti invariati gli ulteriori compiti assegnati ai preposti:

- verificare affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico;
- richiedere l'osservanza delle misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato e inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa;
- informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione;
- astenersi, salvo eccezioni debitamente motivate, dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave ed immediato;
- segnalare tempestivamente al datore di lavoro o al dirigente sia le deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale, sia ogni altra condizione di pericolo che si verifichi durante il lavoro, delle quali venga a conoscenza sulla base della formazione ricevuta.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

di Ranieri Razzante, Docente di Intermediazione finanziaria e Legislazione Antiriciclaggio presso l'Università di Bologna e Camilla Levis, Redazione Rivista 231

Antiriciclaggio: approvato il Codice Unico Europeo

Il 18 gennaio scorso gli eurodeputati hanno votato il nuovo accordo con il Consiglio in materia di finanziamento al terrorismo e lotta al riciclaggio.
Ad essere approvati sono la Sesta direttiva antiriciclaggio (*Anti – Money – Laundering, AML*) e il regolamento europeo che prende il nome di "Codice unico".

Le nuove disposizioni allargano l'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva, conferendo maggiori poteri alle FIU europee, al fine di individuare preventivamente casi di riciclaggio di denaro, finanziamento al terrorismo e permettere la sospensione delle SOS (segnalazioni di operazioni sospette). Ma questo, almeno da noi, non costituisce una novità, dato che l'UIF può, per fortuna, già farlo.

La nuova normativa antiriciclaggio riguarda una serie di soggetti (tra cui banche, istituti finanziari, commercianti, agenzie immobiliari, servizi di gestione patrimoniale) obbligati a rispettare le nuove misure; la novità è giusto quella dei commercianti di taluni beni di lusso.
Il Consiglio e il Parlamento hanno deciso di ampliare la categoria dei soggetti obbligati anche al settore delle criptovalute.
Tutti i fornitori di servizi di *cripto – asset* dovranno condurre una *due diligence* sui propri clienti, verificando le informazioni relative a questi ultimi e segnalare eventuali attività sospette in caso di transazioni che presentino un importo facciale pari o superiore a 1.000 euro. L'Italia ha già un sistema siffatto.

Viene fissato un limite massimo, a livello europeo, di 10.000 euro per i pagamenti in contanti; i soggetti obbligati dovranno sempre verificare le identità delle singole persone che effettuano operazioni in contanti comprese tra i 3.000 e i 10.000 euro.

Dal codice unico emerge che la titolarità effettiva si basa su due componenti principali, che sono rispettivamente proprietà e controllo. Entrambi gli elementi devono essere analizzati per verificare in modo corretto i titolari effettivi di tutti i tipi di entità (comprese le entità extra – europee quando operano nell'UE). La soglia della titolarità effettiva è ribadita al 25%.

Ogni Stato membro ha già istituito un'unità di informazione finanziaria per prevenire e combattere il finanziamento al terrorismo e il riciclaggio di denaro.
In base all'accordo provvisorio, le FIU hanno accesso immediato e diretto a tutte le informazioni, al fine di poter analizzare qualsiasi eventuale sospetto. Le stesse potranno inoltre negare o sospendere il consenso ad un'operazione finanziaria, allo scopo di valutare il caso in esame e trasmettere i risultati alle autorità competenti.
Ciò, si spera, in un'ottica di condivisione reale.
L'accordo siglato rappresenta senza dubbio un grande passo in avanti in tema di realizzazione del nuovo sistema antiriciclaggio.
Se ne attende ora l'approvazione finale.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

di Ciro Santoriello, Procuratore Aggiunto presso il Tribunale di Cuneo

Cass. Pen., sez. IV, c.c. 5 ottobre 2023 (dep. 28 dicembre 2023), n. 51455

In tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche edificare la responsabilità dell'ente su condotte che sono riferibili, in astratto prima ancora che in concreto, esclusivamente alla persona fisica rappresenta un errore giuridico posto che il fondamento della responsabilità della società è da rinvenire nella cd. colpa di organizzazione, intesa quale inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo

1. La decisione della Cassazione affronta il tema della cd. colpa di organizzazione, quale principale presupposto per la sussistenza della responsabilità dell'ente.
Come è noto, la colpa di organizzazione deve intendersi in senso normativo ed è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli (Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343; Cass., sez. IV, 28 maggio 2019, n. 29538): l'illecito dell'ente è dunque costituito da una fattispecie complessa, della quale il reato presupposto è uno degli elementi essenziali (Cass., sez. IV, 8 gennaio 20121, n. 32899; Cass., sez. VI, 25 luglio 2017, n. 49056), ma di cui l'ulteriore elemento essenziale è rappresentato dalla colpa di organizzazione (Cass., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, secondo cui «*il fondamento della responsabilità dell'ente è costituito dalla "colpa di organizzazione", essendo tale deficit organizzativo quello che consente la piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale*»).

Già in altre occasioni la Suprema Corte ha censurato decisioni di merito che si erano limitate a desumere l'esistenza dell'interesse dell'ente dalla circostanza che il reato presupposto era stato commesso da un soggetto apicale, senza evidenziare specifici profili di responsabilità della persona giuridica.
Dovendosi evitare che, sulla base del mero rapporto di immedesimazione organica fra autore dell'illecito ed ente, in capo a quest'ultima venga riconosciuta una forma di responsabilità meramente oggettiva, la Cassazione afferma che, per condannare l'ente, non basta valorizzare il solo profilo della relazione funzionale corrente tra reo ed ente e quella teleologica tra reato ed ente, ma occorre anche che "sussista la c.d. 'colpa di organizzazione' dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei a evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo.

Grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende 'per rimbalzo' dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo" (Cass, sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735. Nello stesso senso, Cass., sez. V, 2 marzo 2023, n. 21640; Cass. Pen., sez. IV., 22 maggio 2023, n. 21704; Cass., sez. IV, 10 maggio 2022 n. 18413; Cass., sez. IV, 10 maggio 2022, n. 18413).

2. Altro elemento di interesse della decisione è quello attinente al rapporto fra i modelli di organizzazione e di gestione prefigurati dal legislatore rispettivamente agli artt. 6 e 7 del decreto e quello di cui all'art. 30 del D.Lgs. 81/2008.
In proposito, la Cassazione afferma che il modello organizzativo (strumento indispensabile per governare i rischi derivanti da un'eventuale profilo di colpa di organizzazione) non coincide con il sistema di gestione della sicurezza del lavoro incentrato sul documento di valutazione dei rischi di cui agli artt. 17, 18, 28 e 29 D.Lgs. 81/2008: mentre quest'ultimo individua i rischi implicati dalle attività lavorative e determina le misure atte a eliminarli o ridurli,

delineando l'infrastruttura che permette il corretto assolvimento dei doveri prevenzionistici, discendenti dalla normativa di settore e dalla stessa valutazione dei rischi, il modello di organizzazione previsto dal decreto 231 è strumento di governo del rischio di commissione di reati da parte di taluno dei soggetti previsti dall'art. 5 del decreto.

Cass. Pen., sez. V, c.c. 9 novembre 2024 (dep. 27 novembre 2023), n. 47564

La rilevanza, ai sensi dell'art. 17 comma 1 lett. b) d.lgs. n. 231, dell'adozione del modello organizzativo o di modifiche introdotte alla preesistente governance *passa, alla stregua del chiaro disposto normativo, attraverso non solo l'adozione, ma anche la concreta attuazione (nel caso di specie, la Cassazione ha ritenuto non ragionevolmente pronosticabile una tale futura attuazione del nuovo modello organizzativo stante il fatto che l'autore dei reati presupposto, al momento dell'adozione del nuovo MOG, ben lungi dall'essersi dimesso, conservava un ruolo apicale).*

Cass. Pen., sez. III, c.c. 23 novembre 2023 (dep. 20 dicembre 2023), n. 50770

La mera «adozione» del MOG non è sufficiente a far scattare l'attenuante di cui all'art. 12, comma 2 lett. b) d.lgs. n. 231 del 2001 ed invero, come specificamente richiesto dalla lettera della norma, è necessario che tale modello sia «reso operativo» e che sia anche «idoneo» a prevenire la commissione di reati della stessa specie. Non sussiste, in altre parole, alcun automatismo tra l'adozione del modello e la concessione dell'attenuante, che è invece subordinata, come evidenziato anche in dottrina, ad un giudizio di natura fattuale, essendo il giudice tenuto a verificare se la lettera della norma sia stata rispettata specificatamente e nel suo complesso.

Le due decisioni confermano che il principale profilo di responsabilità degli enti è rappresentato dalla mancata attuazione delle prescrizioni organizzative presenti nel MOG.
Per approfondimenti sul tema, SANTORIELLO, *L'adozione di un idoneo modello organizzativo 231 quale indispensabile (ed unico) presupposto per la responsabilità sociale dell'impresa*, in questa *Rivista* 1/2023

MISURE DI PREVENZIONE

di Michele Bonsegna e Serena Miceli, avvocati penalisti

Il Consiglio di Stato pone un argine: l'interdittiva antimafia non comporta l'automatica escussione della cauzione definitiva

Il 12 gennaio 2024 sono state pubblicate le motivazioni della sentenza n. 392 della Sezione III del Consiglio di Stato che inaugurano un nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di interdittive antimafia.
Infatti, prima della citata sentenza, la giurisprudenza amministrativa riteneva che l'interdittiva antimafia integrasse un'ipotesi di inadempimento contrattuale, tale da consentire l'escussione della cauzione definitiva.
Il Codice appalti, infatti, prevede che l'appaltatore ai fini della sottoscrizione del contratto debba costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta, sotto forma di cauzione o fideiussione.
Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto.

In particolare, come ricordato dal Consiglio di Stato, l'art. 103 del Codice impone che sussistano due condizioni al ricorrere delle quali la stazione appaltante è legittimata a riscuotere la cauzione definitiva: che vi sia un inadempimento contrattuale imputabile all'aggiudicatario e che risulti, allo stesso tempo, pregiudizievole per l'Amministrazione.
Nel caso di specie, il Comune di Foggia aveva ritenuto che l'interdittiva antimafia emessa a carico di una società appaltatrice del servizio di riscossione tributi fosse sufficiente a integrare i requisiti per l'incameramento della cauzione definitiva.
Tanto, poiché l'emissione del vincolo prefettizio avrebbe comportato la necessaria risoluzione del contratto e la stazione appaltante quale creditrice ai sensi dell'art. 1382 c.c. sarebbe financo stata esonerata dall'obbligo di provare il danno.

L'impresa aveva fatto ricorso al Tar e la sentenza di primo grado, sul punto favorevole, era stata a sua volta impugnata dal Comune di Foggia.

Ebbene, il Consiglio di Stato ha ritenuto l'impugnazione non fondata, affermando che l'ipotesi di risoluzione intervenuta a causa del *factum principis* costituito dal sopravvenire di un provvedimento pubblicistico interdittivo configura una ragione d'impedimento che opera dall'esterno del contratto.
Non solo: essendo la cauzione definitiva una garanzia di adempimento in senso stretto, potrebbe operare solo nei limiti del pregiudizio effettivamente subito che, dunque, andrebbe dimostrato.
Infine, conclude il supremo organo di giustizia amministrativa: "*deve essere esclusa l'escussione della garanzia definitiva in via automatica basata sulla risoluzione per la sopravvenuta interdittiva prefettizia, in modo da attribuire alla stessa una funzione sanzionatoria che risulterebbe estranea all'istituto e tale da configurare l'indebito arricchimento della stazione appaltante*".

La decisione del Consiglio di Stato costituisce un approdo apprezzabile per un duplice ordine di ragioni.
Da un lato, riconosce a carico della stazione appaltante l'onere di dover dimostrare la presenza di entrambi i requisiti previsti dal codice appalti per l'escussione della garanzia, senza dar luogo ad alcun automatismo.
Dall'altro, sottolinea che un ragionamento di diverso segno assegnerebbe all'interdittiva antimafia una funzione sanzionatoria che la stessa non dovrebbe possedere, quantomeno formalmente ad oggi, in cui siamo in attesa che la Corte Edu si pronunci sull'intera architettura del sistema di prevenzione.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

di Ernesto Devito, Dottore commercialista

I rapporti tra Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale nelle società in controllo pubblico dopo le nuove "Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate" pubblicate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il 20 dicembre 2023

Nelle società per azioni in controllo pubblico il D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) all'art. 3, comma 2, sancisce che «*…….. la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale*», in parziale deroga rispetto a quanto previsto dall'art. 2409-*bis* del codice civile.
Quest'ultima norma, nelle società per azioni a capitale privato, che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato, consente di prevedere negli Statuti che la revisione legale dei conti possa essere svolta dal Collegio Sindacale.
Altra differenza tra società in controllo pubblico e società a capitale privato o a partecipazione pubblica non di controllo che cogliamo dalla lettura del citato Testo Unico è quella prevista dal medesimo articolo 3, comma 2, laddove va a sancire che nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico l'atto costitutivo o lo statuto in ogni caso debba prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore, diversamente dalle previsioni contenute nell'articolo 2477 del codice civile, ove la nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società:
a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;
c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti:
1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro;
2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro;
3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.

Fatta questa sintetica ma doverosa ricostruzione normativa, analizziamo la Norma 5.5., che disciplina i «Rapporti con l'Organismo di Vigilanza», contenuta nelle "Norme di comportamento del collegio sindacale di società

non quotate" pubblicate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il 20 dicembre 2023.
Tra i criteri applicativi viene precisato che qualora l'OdV non sia composto in parte dai Sindaci, o non sia affidata al Collegio Sindacale la funzione di OdV, "*il Collegio Sindacale acquisisce dall'Organismo di Vigilanza le informazioni relative al Modello organizzativo adottato dalla società, al suo funzionamento e alla sua efficace attuazione.*
Il Collegio Sindacale, nell'esercizio del dovere di vigilanza che gli compete e nel rispetto dell'indipendenza necessariamente riconosciuta all'OdV, può stabilire con quest'ultimo termini e modalità per lo scambio di informazioni rilevanti, concordando eventualmente, un programma di incontri nel corso dell'anno, finalizzato a verificare l'esistenza delle condizioni previste dall'art. 6, comma 1, lett. d), del D.Lgs. n. 231/2001.
Il Collegio Sindacale dovrà, quindi, verificare che nel Modello organizzativo siano previsti appositi flussi informativi finalizzati a garantire l'informazione periodica sull'attività svolta dall'OdV, specie con riferimento all'attività di vigilanza circa l'adeguatezza del Modello, la sua efficace attuazione e il suo aggiornamento, in particolare con riguardo all'inserimento dei nuovi reati presupposto e all'illustrazione delle procedure volte a presidiare le relative aree di rischio."

Viene anche suggerita al Collegio Sindacale, nel caso in cui la società non abbia adottato il Modello organizzativo, una attività di stimolo all'Organo amministrativo o, quantomeno, di adeguata riflessione, in merito all'opportunità di dotarsi del Modello 231.
Si riconosce che il Modello organizzativo costituisce parte del sistema di controllo interno del quale il Collegio Sindacale è chiamato a valutare l'adeguatezza e il funzionamento.
La Norma 5.5., inoltre, anche in relazione ai precisi obblighi introdotti dal nuovo art. 2086 c.c., evidenzia come la valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi non può prescindere da una verifica delle misure organizzative volte a monitorare il rischio di commissione di eventuali reati presupposto e a ridurre tale rischio entro margini accettabili.

Una riflessione assolutamente condivisibile, ad avviso di chi scrive (anche in virtù di alcune esperienze analoghe), è quella relativa alla "*migliore diffusione e maggiore tempestività*" del flusso informativo nel caso in cui uno o più componenti dell'OdV siano stati scelti fra i Sindaci della società (e sicuramente ci si vuole riferire alla partecipazione del Sindaco/Componente

dell'OdV alle riunioni del Consiglio di Amministrazione che consente un riporto tempestivo e costante dei principali fatti aziendali all'interno dell'Organismo di Vigilanza).

Esaminate le indicazioni rivolte ai Sindaci dal CNDCEC, proviamo a sintetizzare i principali punti di contatto tra l'Organismo di Vigilanza e il Collegio Sindacale in una società in controllo pubblico:

- costante collaborazione e scambio di informazioni da attuarsi anche attraverso la reciproca trasmissione dei verbali di riunione e delle relazioni annuali ovvero, (per l'OdV), del piano di lavoro (attività possibilmente da prevedere all'interno del Modello 231);
- almeno una riunione annuale finalizzata alla condivisione delle considerazioni in tema di "adeguati assetti organizzativi" anche alla luce delle previsioni dell'articolo 2086 del codice civile;
- condivisione dei controlli effettuati da due Organi di controllo sui flussi finanziari (con particolare riguardo alla destinazione dei finanziamenti pubblici e dei contributi per specifiche finalità) e sulle principali operazioni societarie;
- comunicazione tempestiva all'Organismo di Vigilanza degli esiti dell'attestazione sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione nel caso in cui essa venga affidata al Collegio Sindacale, e viceversa;
- previsione di specifici flussi informativi ad evento al Collegio Sindacale da parte dell'OdV;
- presentazione all'Organo amministrativo dell'attività di coordinamento dei controlli tra Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza.

Potrebbero, quindi, essere certamente funzionali, nel sistema 231 e in quello di cui all'art. 2086 c.c., sia i flussi informativi di cui l'OdV può essere destinatario (per esempio i contenziosi, gli atti dell'Agenzia delle Entrate o dell'INPS, le anomalie nella gestione della contabilità e del bilancio, l'utilizzo improprio di strumenti di finanza agevolata, tutti elementi questi ultimi che potrebbero essere sintomatici di una crisi in atto potenzialmente causa di un illecito), sia i periodici confronti tra l'OdV e i Sindaci e in generale con le funzioni di controllo aziendale.

In tale contesto le relazioni tra OdV e Collegio Sindacale rappresentano un presidio utile anche nell'ottica di generare segnali di allerta relativi alla crisi d'impresa.

In conclusione, il ruolo dell'OdV, in particolare in una società in controllo pubblico, si presenta strategico sotto molteplici profili.