

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 4 – aprile 2016

PLENUM

rivista231.it

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE	5
<i>di Ranieri Razzante</i>	
3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	7
<i>di Ciro Santoriello</i>	
4. INFORMATICA FORENSE	13
<i>di Giuseppe Vaciego e Giuseppe Dezzani</i>	
5. ORGANISMO DI VIGILANZA	15
<i>di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione</i>	
6. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	19
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

L'adozione del Modello organizzativo a norma del D.Lgs. 231/01. Bando di finanziamento indetto da INAIL

Come noto, la verifica di un sinistro nell'ambito dell'attività lavorativa espone le aziende al rischio di vedersi contestata, in sede penale, la responsabilità amministrativa da reato *ex art. 25-septies* D.Lgs. 231/01, unitamente alla responsabilità penale personale degli organi sociali titolari della posizione di garanzia posta a tutela dei lavoratori.

Gli approdi giurisprudenziali più recenti consentono di affermare che persino il risparmio di spesa derivante dalla mancata adozione di strumenti protettivi del lavoratore o la velocizzazione delle prassi lavorative - a discapito dell'incolumità dei dipendenti - possono integrare quell'interesse o quel vantaggio per la società che è elemento costitutivo dell'illecito amministrativo da reato.

In altre parole, interesse e vantaggio per l'ente non vanno visti in una sola prospettiva statica e attiva, bensì sono pacificamente configurabili anche in una accezione solo latamente economica: il risparmio di risorse economiche assume una rilevanza concreta per l'ente, così come le prassi distorsive – avallate o silenziosamente tollerate negli stabilimenti – sono sovente a integrale vantaggio della produttività aziendale, che a sua volta si traduce in un maggior potenziale di redditività.

Se è vero che nel processo penale è sempre possibile difendersi tentando di dimostrare l'insussistenza di un effettivo interesse o vantaggio per l'ente che sia connesso alla condotta che ha portato al sinistro, è all'evidenza più agevole per le società adottare un modello organizzativo sviluppato appositamente per la specifica azienda e la sua efficace attuazione. Talvolta erroneamente le aziende ritengono meno dispendioso affrontare i rischi di un eventuale procedimento penale con esito infausto piuttosto che valutare concretamente l'adozione di un modello organizzativo di cui all'art. 6 D.Lgs. 231/01. Gli ostacoli che gli imprenditori lamentano sembrano essere di natura eminentemente economica: si preferisce pertanto il rischio di un processo penale con adozione *ex-post* del modello, piuttosto che valutarne una implementazione con aggiornamento costante.

Anche al fine di superare questo approccio nell'adozione del modello organizzativo idoneo a impedire la commissione dei reati di omicidio e lesioni colpose poste in essere mediante la violazione della normativa posta a tutela della sicurezza dei lavoratori, l'Istituto Nazionale Infortuni sul Lavoro ha adottato un apposito bando per l'adozione redazione e assunzione, tra le altre attività, anche proprio dei modelli di gestione.

L'iniziativa è stata pubblicata in GURI lo scorso 15 dicembre 2015: Sino al 5 maggio 2016 le aziende potranno richiedere all'Istituto la concessione di un contributo a fondo perduto in conto capitale per coprire il 65 % delle spese di un progetto di miglioramento della sicurezza in ambito aziendale (il contributo non potrà superare la somma di euro 130.000 euro).

Più precisamente i progetti che rientrano nelle tipologie contemplate nel bando sono i seguenti:

- progetti di investimento volti al miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza sul lavoro;
- progetti di bonifica di materiali contenenti amianto;
- progetti per l'adozione di modelli organizzativi e di responsabilità sociale.

Nell'ottica (e nei limiti) di quanto previsto dall'art. 30 del D.Lgs. 81/2008, dunque, le aziende potranno vedersi finanziate da INAIL i costi necessari, in termini di consulenza da parte di soggetti qualificati, ai fini dell'adozione di un modello organizzativo perfettamente costruito sulle esigenze della compagine societaria.

Resta da vedere, eliminata la barriera del costo economico spesso ritenuto troppo importante per realtà aziendali di media grandezza, se l'imprenditoria italiana coglierà l'occasione per sviluppare una nuova coscienza di gestione aziendale tale da rendere più diffusi i Modelli organizzativi 231

Gli effetti benefici non si limitano al solo aspetto processual-penalistico e alla possibilità di eliminare o mitigare le sanzioni previste dal decreto 231/01, nelle sue varie forme. Al contrario, la genesi e lo sviluppo di una programmazione aziendale, di un sistema di controllo esterno e di una reportistica interna circa le situazioni critiche, è in grado di fornire anche *outcomes* di natura economica in grado di rendere l'impresa più competitiva sul mercato.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

L'autoriciclaggio si misura con il principio di irretroattività della legge penale

La Corte di Cassazione è stata investita della questione relativa alla configurabilità o meno del delitto di autoriciclaggio anche quando il reato presupposto sia stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge n.184/2014. La decisione in esame prende le mosse da un fermo compiuto dalla Guardia di Finanza nei confronti di una persona già nota alla Polizia Giudiziaria, in quanto indagata per riciclaggio, e nell'ispezionarla rinveniva tre pacchetti contenenti Euro 240.000,00 in contanti.

La perquisizione veniva estesa alla residenza dell'indagato e portava altresì al sequestro di altre banconote (Euro 6.700,00 e Franchi svizzeri 600,00).

La Polizia Giudiziaria, rilevata la non coerenza tra l'ingente quantità di denaro posseduta dall'indagato e l'entità dei redditi dichiarati dallo stesso, eseguiva sequestro ipotizzando la commissione del reato di autoriciclaggio, per avere l'inquisito trasferito il denaro in modo da ostacolarne l'identificazione della provenienza, quantomeno dal reato di cui all'art. 4 del D.Lgs. 74/2000, con riferimento a mobilitazioni di investimenti non dichiarati e costituiti mediante redditi sottratti a tassazione.

Il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Como, con un unico decreto, convalidava le perquisizioni e i sequestri, sulla base del convincimento che avessero ad oggetto cose pertinenti il reato di cui all'art. 648-ter codice penale.

Avverso tale provvedimento l'indagato proponeva ricorso per Cassazione. Tra gli altri motivi di gravame, il ricorrente lamentava la non configurabilità dell'autoriciclaggio in considerazione della circostanza che il reato presupposto fosse stato commesso in data antecedente all'entrata in vigore della novella legislativa che ha introdotto tale reato.

A fondamento di detto motivo di ricorso veniva invocato il principio di irretroattività della legge penale ai sensi dell'art. 2 codice penale.

Dunque, la *quaestio iuris* di cui è stata investita la Cassazione concerneva la portata da attribuire all'autoriciclaggio; in altri termini, come comportarsi

in relazione a un reato presupposto commesso prima dell'introduzione della nuova norma sanzionatoria?

Non sorgono dubbi sull'irretroattività della legge nelle ipotesi di nuova incriminazione. Quale principio generale dell'ordinamento giuridico, l'irretroattività della legge, è sancito, com'è noto, dall'art. 11 delle Preleggi e, per quanto riguarda il settore penale, un riferimento normativo è rinvenibile nell'art. 25, comma secondo, della Carta Costituzionale.

Sulla retroattività o meno della legge penale con specifico riferimento al reato di riciclaggio, è intervenuta di recente la Corte di appello di Milano (7 luglio 2015, n. 4920) che si è pronunciata in tema di dichiarazione fraudolenta attraverso uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e conseguente riciclaggio. Seppur simile, la fattispecie in questione è differente, giacché concerne il *tempus commissi delicti* in presenza di un reato di nuova configurazione che ha come presupposti taluni illeciti commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore.

La questione non è di facile soluzione giacché la complessiva vicenda di "ripulitura" si estrinseca il più delle volte in una pluralità di condotte, temporalmente distinte.

Da qui il quesito: qualora la consumazione del reato venga radicata nella commissione della prima condotta concretamente ostacolante, tutte le successive rientrerebbero nell'orbita del *post factum* non punibile; qualora, al contrario, essa venga fissata nella commissione dell'ultima, dovrebbe affermarsi la penale rilevanza delle precedenti a mero titolo di tentativo.

Occorre premettere sin da subito che la decisione della Suprema Corte è nel senso, da noi condiviso, di attribuire una portata ampia al reato di autoriciclaggio. E d'altronde non potrebbe essere altrimenti.

A parere della Cassazione ci si trova dinnanzi a un reato, quale quello di autoriciclaggio, nel quale solo il reato presupposto si assume commesso in epoca antecedente l'entrata in vigore della Legge n.186/2014, ma quando comunque lo stesso reato era già previsto come tale dalla legge, mentre l'elemento materiale del reato di cui all'art. 648-ter risulta posto in essere in data successiva all'entrata in vigore di detta legge.

Come anticipato, è certamente da condividere questo orientamento fondato sulla temporalità di cui all'art. 648-ter1.

Qualche dubbio invece di natura costituzionale potrebbe sorgere in relazione a reati presupposti commessi in un tempo "eccessivamente" antecedente.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte Cassazione, sez. VI, 9 febbraio 2016 (dep. 25 marzo 2016), n.12653; PAOLONI, Presidente, RICCIARELLI Estensore; LOY P.M. (diff.); Sidoti, imp.

Responsabilità da reato della società – Criteri di imputazione – Interesse o vantaggio – Nozione (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5)

Confisca del profitto del reato – Confisca per equivalente – Non confiscabilità della parte che può essere restituita al danneggiato – Possibilità di destinare concretamente una porzione del patrimonio dell'ente al soggetto danneggiato dal reato - Prestazione di garanzia fideiussoria da parte di terzi - Irrilevanza (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 19)

Confisca del profitto del reato – Confisca per equivalente – Determinazione del valore dei beni da sottoporre a provvedimento ablatorio – Compiti del giudice (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 19)

Confisca del profitto del reato – Confisca per equivalente – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca – Pluralità di indagati – Sequestro dell'intero importo dell'importo da sottoporre a confisca presso uno solo degli indagati – Applicazione di tale criterio anche nel processo avverso le persone giuridiche – Ammissibilità - Condizioni (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 19)

Nel decreto n. 231 del 2001 i criteri di imputazione del reato all'ente collettivo rappresentati dall'interesse e dal vantaggio sono alternativi concomitanti: il criterio costituito dall'interesse esprime una valutazione teleologica, apprezzabile al momento la commissione del fatto nel secondo metro di giudizio marcatamente soggettivo, mentre quello del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post sulla base degli effetti concretamente derivanti dalla realizzazione dell'illecito (1)

Quando si proceda alla confisca per equivalente del profitto del reato, il provvedimento ablatorio non può interessare la parte di profitto che può essere restituita al danneggiato, dovendosi però avere riguardo non tanto ad una generica garanzia patrimoniale gravante sull'ente vantaggio di un danneggiato, ma la possibilità di distaccare concretamente una porzione del patrimonio, specificatamente individuata, in quanto spettante come tale al danneggiato che vi abbia dunque diritto, secondo una valutazione demandata al giudice penale competente (coerentemente a tale impostazione la Cassazione esclude che abbia rilievo la circostanza che terzi abbiano prestato garanzie fideiussorie a vantaggio dell'ente coinvolto nel processo penale, giacché tali garanzie non inseriscono ad una porzione il patrimonio dell'ente specificatamente individuata da restituire al danneggiato) (2)

Quando si intende procedere al sequestro o confisca per equivalente del profitto del reato, il valore dei beni da sottoporre vincolo deve essere adeguato e proporzionato al profitto dell'illecito ed il giudice nel compiere tale verifica deve far riferimento alle valutazioni di mercato degli stessi (3)

Il principio solidaristico – in base al quale, in caso di pluralità di indagati il sequestro preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente può essere adottato per l'intero importo del prezzo nei confronti di ciascuno dei concorrenti in vista della futura confisca, anche se poi quest'ultimo provvedimento ablatorio è destinato ad operare in termini differenziati fra i concorrenti in modo da evitare la duplicazione dell'importo da confiscare – opera anche nell'ambito del processo nei confronti degli enti collettivi, ma non nel caso in cui gli stessi rispondano autonomamente di fatti di reato diversi, pur se commessi dalla medesima persona fisica che rivestiva una funzione apicale all'interno delle persone giuridiche interessate (4)

(1) 1. Sulle nozioni di interesse e vantaggio, ormai pacificamente qualificate come alternative e non sovrapponibili da una costante giurisprudenza, cfr., per tutti, Cass., sez. un., 24 aprile 2014, Espenhahn.

In dottrina, SANTORIELLO, Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società, in questa Rivista, 1-2008, 161; ID., I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo, ivi, 3-2008, 49;

ID., Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi, *ivi*, 4-2011, 71.

(2) 2. La seconda massima non trova precedenti in termini.

In ogni caso si evidenzia come, aderendo alla tesi della Cassazione – che pare senz'altro corretta nella parte in cui ritiene sussistere la possibilità di una restituzione del bene al terzo danneggiato dal reato a condizione che prezzo o profitto del reato sia individuato in beni determinati e non si sia confuso con altri beni -, laddove il danneggiato non veda soddisfatto il suo diritto in questi termini, egli vanterà un credito risarcitorio nei confronti dell'autore del reato o del responsabile, azionabile in sede civile per ottenere il risarcimento del danno.

(3, 4) 3. Le ultime due massime ricostruiscono le modalità a mezzo delle quali procedere a sequestro e successiva confisca di beni quando tali provvedimenti non abbiano ad oggetto in via diretta il prezzo o il profitto del reato ma beni di valore equivalente.

In proposito, opportuna pare la scelta della Cassazione di richiedere al giudice di determinare il quantum ed il novero dei beni che vanno sottoposti a vincolo, senza rimettere tale profilo al pubblico ministero (in senso diverso invece Cass., sez. III, 22 novembre 2013, Salis).

Opportuna pare anche la scelta di ridimensionare la portata applicativa del cosiddetto principio solidaristico. Si ricorda che in virtù di tale principio, in caso di reati realizzati da più soggetti in concorso fra loro, stante il carattere essenzialmente afflittivo e "sanzionatorio" della confisca, tale misura "può interessare ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo l'eventuale riparto tra i medesimi concorrenti che costituisce fatto interno a questi ultimi e che non ha alcun rilievo penale" (Cass., sez. V, 16 gennaio 2004, Napolitano, in Arch. N. Proc. Pen., 2005, 562), con conseguente riconoscimento della legittimità del provvedimento di confisca dei beni in sequestro per un valore equivalente all'intero importo del profitto del reato in capo ad un solo dei diversi indagati concorrenti nella contestata ipotesi criminosa.

Questa ricostruzione pare però criticabile. Infatti, perché il ricorso alla confisca per equivalente possa dirsi legittimo non è sufficiente che l'apprensione coattiva sia riferita solo a beni o denaro di valore corrispondente al prezzo o al profitto dell'illecito, ma occorre anche che tale prezzo o profitto sia maturato in capo al patrimonio del soggetto che viene attinto dalla misura in discorso, poiché tale sanzione patrimoniale non può

interessare il patrimonio del responsabile in misura superiore rispetto a quanto ottenuto a mezzo della condotta delittuosa. Per questa ragione, a contrasto della tesi espressa dalla pronuncia in commento, va segnalato un altro orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, in caso di reato commesso da una pluralità di soggetti, può disporsi la confisca per equivalente di beni per un importo corrispondente al prezzo o al profitto del reato ma senza eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura della quota di prezzo o profitto a lui attribuibile: “la confisca per equivalente, adottata all’esito del giudizio e dell’accertamento delle responsabilità, dovrà riguardare la quota di prezzo o di profitto effettivamente attribuibile al singolo concorrente o, nell’impossibilità di una esatta quantificazione, essere applicata per l’intero prezzo o profitto, ma nel rispetto dei canoni della solidarietà interna fra i concorrenti (e cioè senza moltiplicare l’importo per il numero dei concorrenti)” (Cass., sez. VI, 9 luglio 2007, Linguiti, in Mass. Uff., 237290; Cass., sez. VI, 14 giugno 2007, Puliga, in Mass. Uff., 240572; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, Maniglia, in Mass. Uff., 234850). In dottrina, cfr. FONDAROLI, La “strana coppia”: sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra i correi, in *Archivio Penale*, 2011, 2, 4, 5.

Tribunale Venezia, sez. Riesame e Misure di Prevenzione, ord. 2 ottobre 2015 (dep. 26 ottobre 2015).

Responsabilità da reato della società – Criteri di imputazione – Interesse o vantaggio – Nozione (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5)

Il principio solidaristico – in base al quale, in caso di pluralità di indagati il sequestro preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente può essere adottato per l'intero importo del prezzo nei confronti di ciascuno dei concorrenti in vista della futura confisca, anche se poi quest'ultimo provvedimento ablatorio è destinato ad operare in termini differenziati fra i concorrenti in modo da evitare la duplicazione dell'importo da confiscare – non può operare nell'ambito del processo nei confronti degli enti collettivi (1)

(1) 1. Il tema della decisione concerne il profilo della praticabilità dello schema concorsuale e del c.d. principio di solidarietà passiva" tra correi ai fini della determinazione del quantum sequestrabile nell'ambito specifico della responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. 231 del 2001 – sul punto si veda il punto 3 del precedente commento.

2. Nell'ambito di un procedimento verso una pluralità di enti in relazione ad una serie di episodi corruttivi finalizzati ad ottenere favori da pubblici ufficiali nell'ambito della realizzazione di interventi per la salvaguardia della Laguna di Venezia, tra i quali rientrava anche il progetto Mose, il giudice delle indagini preliminari di Venezia disponeva il sequestro preventivo indifferenziatamente nei confronti di ciascun ente – compreso una persona giuridica che lo stesso giudice asseriva essere estranea ad alcuni degli illeciti contestati -, determinando il quantum sequestrabile nei confronti di ciascun ente attraverso la semplice somma aritmetica dei profitti calcolati in relazione a ciascun reato presupposto, senza alcuna differenziazione sulla base delle quote effettivamente imputabili a ciascun ente.

3. La tesi del tribunale del riesame si pone in aperto contrasto con la posizione consolidata della giurisprudenza, secondo cui "in tema di responsabilità da reato degli enti, nel caso di illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che implica l'imputazione dell'intera

azione e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e pertanto, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso" (Cass., sez. un., 27 marzo 2008), Fisia Impianti s.p.a. e altri.

Due i profili valorizzati dal Tribunale del Riesame per sottolineare la diversità strutturale della vicenda affrontata dalle Sezioni Unite e giustificare la mancata applicazione del principio solidaristico nella versione ivi accolta: a) il concetto di "illecito amministrativo plurisoggettivo"; b) il legame tra gli enti coinvolti.

Quanto al primo profilo, il Tribunale sottolinea come, nella vicenda sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, la responsabilità degli enti sorgeva in relazione ad un unico reato presupposto - potendosi per l'appunto parlare di "unico illecito amministrativo plurisoggettivo" avente carattere unitario - mentre nel caso in esame si sarebbe in presenza di più illeciti dipendenti da reato perché plurimi sono gli episodi corruttivi che ne costituiscono i reati presupposti.

Quanto al secondo profilo, poi, nella vicenda affrontata dalla Suprema Corte, il legame tra gli enti coinvolti era particolarmente intenso poiché il reato presupposto era stato commesso in concorso dai soggetti apicali di tutti gli enti coinvolti, a loro volta confluiti in un'associazione temporanea di imprese, elemento questo non riscontrabile nel caso di specie.

INFORMATICA FORENSE

di Giuseppe Vaciago, avvocato in Milano, e Giuseppe Dezzani, Digital Forensic Bureau, Torino

Il controllo delle Licenze d'uso dei software

La legge n. 99 del 23/7/2009 ha introdotto i “Delitti in materia di violazione del diritto d'autore” all'art. 25-*novies*, D.Lgs. 231/01. Tra le fattispecie di reato più sensibili in ambito 231 non si può non citare la duplicazione abusiva di *software* prevista dell'art. 171-*bis*, comma 1, della legge 633/1941.

La norma punisce la duplicazione non autorizzata di programmi per elaboratore con fine di profitto. In pratica, ove vi sia un impiego di *software* non correttamente corredato di opportuna licenza d'uso, l'ente collettivo trae immediatamente profitto, anche per il solo risparmio economico derivante dalla mancata spesa. L'uso di *software* in violazione del diritto d'autore agevola sempre l'imprenditore nel contenere i propri costi produttivi. Da ciò ne possiamo dedurre l'interesse e vantaggio dell'ente, che quindi si troverà astrattamente a dover sostenere un procedimento ai sensi del D.Lgs. 231/01.

Per questa ragione, è necessario che la rete informatica sia amministrata in modo da tenere sotto controllo i tipi di *software* installati all'interno delle aziende e l'aderenza con le licenze d'uso nella disponibilità dell'ente. Si devono, inoltre, prevedere, a livello di *policy* aziendali, regole che descrivano in modo chiaro il divieto di installazione di *software* non autorizzato dalle apposite strutture aziendali.

Oltre a ciò, è opportuno rilevare che sono disponibili sul mercato *software* in grado di garantire l'inventario (continuo) dei *software* presenti e inibire a livello di configurazione l'installazione di nuovi programmi in assenza di specifica autorizzazione da parte dell'amministratore di rete.

In questo modo IT manager potrà sempre avere un resoconto dettagliato dei prodotti in licenza, dell'effettivo impiego e delle installazioni effettuate e/o disponibili. Si tratta di un settore sempre più complesso da valutare in quanto la varietà e il numero delle tipologie di licenza è in aumento, per soddisfare ogni esigenza di mercato.

In questo senso vanno le offerte commerciali delle principali *software house* che prevedono sempre più condizioni di noleggio e/o di *pay per use*, che agevolano enormemente la gestione, in quanto le singole licenze vengono attribuite all'utente con un pacchetto completo di servizi (*email*, *software* di produttività personale, servizi integrati come agende condivise, etc.)

In ottica 231 l'Organismo di Vigilanza potrà ottenere, da questo tipo di *software*, situazioni aggiornate attraverso le quali verificare l'effettiva disponibilità delle licenze per i *software* impiegati.

In assenza di questi *audit* automatizzati, l'Organismo di Vigilanza avrà invece il compito di provvedere in proprio a un'attività di revisione periodica, effettuata, purtroppo, in modo manuale.

ORGANISMO DI VIGILANZA

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

Il nuovo Codice appalti: tra strumenti di controllo ed effetti premiali

La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del nuovo Codice sugli appalti impone una valutazione d'impatto delle novità rispetto ai contenuti del Modello organizzativo, considerato che il processo di partecipazione alle gare di appalto pubbliche rappresenta sicuramente un processo a rischio ai fini del D.Lgs. 231/01.

Tra le varie previsioni del nuovo Codice si richiama l'attenzione su quella contenuta all'articolo 93 relativa alle garanzie per la partecipazione alla procedura di gara pubblica per contratti di servizi e forniture; tale disposizione prevede una riduzione del 30 per cento dell'importo della garanzia - e del suo eventuale rinnovo - per gli operatori economici in possesso del rating di legalità o del modello organizzativo di cui al D.Lgs. 231/01.

L'art. 93 attribuisce la medesima valenza premiale anche alle seguenti certificazioni: *social accountability* 8000 e al sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori.

In considerazione di tale ambito premiale e del ruolo di "garante della legalità" che l'Organismo di Vigilanza riveste nell'assetto dei controlli interni, si ritiene importante una sua valutazione propulsiva ai fini della richiesta del rating di legalità delle imprese.

Vediamo nel dettaglio questo strumento.

L'art. 5-ter del decreto-legge 1/2012 s.m.i. assegna all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie a promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti delle imprese: alla medesima Autorità Antitrust, inoltre, viene assegnato il compito di procedere all'elaborazione e all'attribuzione alle imprese di un rating di legalità.

Il rating di legalità assume una valenza premiale in sede di concessione di finanziamenti da parte di amministrazioni pubbliche, nonché in sede di accesso al credito bancario.

Gli istituti di credito che omettano di tener conto del rating di legalità ai fini della concessione dei finanziamenti alle imprese, infatti, saranno tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta in tal senso (art. 5- *ter*, comma 1, ultimo periodo).

Con Delibera n. 24075 del 14 novembre 2012 – modificata, da ultimo, con delibera n. 25207 del 4 dicembre 2014 – l'Antitrust ha adottato lo specifico "Regolamento di attuazione dell'art. 5-*ter* del D.L. 1/2012" e con decreto ministeriale n. 57 del 20 febbraio 2014 sono state approvate le modalità per la valutazione del *rating* di legalità ai fini della concessione dei finanziamenti e nell'accesso al credito bancario.

Il rating di legalità viene articolato in diversi *range* (da un minimo di una 'stelletta' a un massimo di tre 'stellette') e l'attribuzione del rating viene disposta dall'Autorità Antitrust sulla base di dichiarazioni rese dalle imprese, successivamente verificate tramite controlli incrociati con i dati in possesso delle pubbliche amministrazioni interessate.

Per ottenere il punteggio minimo e indispensabile all'acquisizione del *rating* di legalità l'impresa dovrà dichiarare che: l'imprenditore e gli altri soggetti rilevanti ai fini del predetto rating (direttore tecnico, direttore generale, rappresentante legale, amministratori, soci) non sono stati destinatari di misure di prevenzione e/o cautelari, sentenze/decreti penali di condanna, sentenze di patteggiamento per reati tributari ex D.Lgs. 74/2000, per reati ex D.Lgs. n. 231/01, per i reati di cui agli articoli 346, 346-*bis*, 353, 353-*bis*, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1-*bis* del D.L. 463/1983 s.m.i..

Oltre a ciò, l'impresa dovrà dichiarare che:

- per i reati "di mafia", oltre a non avere subito condanne, non è stata iniziata azione penale ai sensi dell'art. 405 c.p.p. e l'impresa non è stata destinataria di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità;
- non è stata soggetta al commissariamento in base al D.L. 90/2014 s.m.i.;
- non è stata destinataria di sentenze di condanna né di misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al citato D.Lgs. n. 231/01;
- non è stata condannata, nel biennio precedente la richiesta di rating, per "illeciti antitrust" gravi o per violazioni del codice del consumo, per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e

- della sicurezza nei luoghi di lavoro, per violazioni degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori;
- non ha subito accertamenti di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato, né ha ricevuto provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici per i quali non abbia assolto gli obblighi di restituzione e non è stata destinataria di provvedimenti di accertamento del mancato pagamento di imposte e tasse;
 - non è stata destinataria di provvedimenti sanzionatori dell'ANAC di natura pecuniaria e/o interdittiva e che non sussistono annotazioni nel Casellario informatico delle imprese di cui all'art. 8 del D.P.R. 207/2010 che implicino preclusioni alla stipula di contratti con la Pubblica amministrazione o alla partecipazione a procedure di gara o di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi o forniture;
 - di effettuare pagamenti e transazioni finanziarie di ammontare superiore alla soglia di mille euro esclusivamente con strumenti di pagamento tracciabili.

Vengono previsti, inoltre, ulteriori requisiti che, se rispettati, garantiranno alle imprese il punteggio massimo acquisibile ai fini del rating; in particolare, a tali fini, le imprese dovranno:

- rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, delle linee guida che ne costituiscono attuazione, del Protocollo sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dalla Lega delle Cooperative e, a livello locale, dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria;
- utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge;
- adottare una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/01;
- adottare processi per garantire forme di Corporate Social Responsibility ;
- essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (le c.d. white list);
- avere aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria;

- di aver adottato modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione.

Deve essere valutata, inoltre, la denuncia, resa all'autorità giudiziaria o alle forze di polizia, relativa ad alcuni specifici reati commessi a danno dell'imprenditore o dei propri familiari e collaboratori, qualora alla denuncia sia seguito l'esercizio dell'azione penale.

Il rating di legalità ha durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta: in caso di perdita di uno dei requisiti base (indispensabili per ottenere una 'stelletta') l'Antitrust dispone la revoca del rating, mentre se vengono meno i requisiti grazie ai quali l'impresa aveva ottenuto un rating più alto, la medesima Autorità ridurrà il numero di stellette attribuite.

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

Corruzione in Sanità: una chiamata in causa del decreto 231 potrebbe giovare nel limitarla

Il 6 aprile 2016 è stato presentato a Roma – nel corso della 1^a Giornata nazionale contro la corruzione in Sanità – il Rapporto “Curiamo la corruzione - percezione, rischi e sprechi in Sanità”. Il Rapporto è stato predisposto da Transparency International Italia (1), in collaborazione con Censis (Centro studi investimenti sociali), ISPE-Sanità (Istituto per la promozione dell'etica in sanità) e Rissc (Centro ricerche e studi su sicurezza e criminalità). Obiettivo: migliorare la capacità del settore sanitario di prevenire corruzioni e frodi ed evitare gli sprechi. Per promuovere il raggiungimento dell'obiettivo, il documento offre un ampio spaccato, con riferimento all'area sanitaria, dell'applicazione del complesso sistema italiano per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità, rappresentato dalla legge 190/2012, specifica in materia, e dai decreti legislativi emanati per completarne l'attuazione 33/2013, per la trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione, e 39/2013, sulle incompatibilità per l'assunzione di incarichi presso enti pubblici.

Il Rapporto evidenzia preliminarmente, in generale, che il settore sanitario è un “perfetto campo da gioco” sia per i piccoli corruttori (quelli che chiedono una mazzetta per far scalare una lista d'attesa o che spingono un paziente a richiedere una prestazione privata nel proprio studio), sia per i grandi corruttori (imprenditori e intermediari che sanno muoversi agilmente e senza scrupoli tra appalti milionari). Quanto agli ambiti dove si può annidare maggiormente la corruzione in sanità, si indicano: gli acquisti di beni e servizi, la realizzazione di opere, l'assunzione di personale, le nomine dei soggetti apicali, l'accreditamento di strutture private, l'utilizzo

¹ *Transparency International Italia* è l'Agenzia italiana di *Transparency International*, l'organizzazione internazionale non governativa che si occupa, a livello mondiale, di prevenire e contrastare la corruzione.

improprio di farmaci, la formazione e le consulenze, le liste di attesa, le prestazioni non dovute, lo smaltimento di rifiuti e le false certificazioni.

Più in dettaglio, l'indagine evidenzia che soltanto il 25% degli enti sanitari ha individuato – come sarebbe obbligo di legge – i rischi di corruzione e le misure per prevenirli, mentre tre enti su quattro hanno “adottato documenti vuoti o privi di strategie anticorruzione”. E questo nonostante che, nel 37% delle aziende sanitarie italiane, si siano verificati episodi di corruzione negli ultimi cinque anni. Il Rapporto analizza anche il grado di percezione della corruzione riscontrato presso le aziende sanitarie. Soltanto il 67,6% dei manager della Sanità intervistati ritiene che siano utili la presenza e gli interventi dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Il restante 32,4% pensa che l'azione dell'ANAC rappresenti un mero, ulteriore appesantimento di procedure burocratiche.

Il Rapporto dedica anche un capitolo all'analisi economica degli sprechi in Sanità. Per le spese considerate riguardanti il 2013 (pulizia, lavanderia, mensa, smaltimento rifiuti, cancelleria, guardaroba) ammontano a circa 1 miliardo.

Nel corso della presentazione del Rapporto, è stato ampiamente ripreso il dato – elaborato nel mese di febbraio 2016 dal Censis – che indica in sei miliardi il costo annuo della corruzione in Sanità, più del 5% dei 110 miliardi che costituiscono il *budget* annuo di questo settore. Le considerazioni su questo fenomeno mettono in evidenza non soltanto l'ostacolo che la corruzione rappresenta nello sviluppo e nella crescita economica del Paese ma, anche e soprattutto, il danno che essa arreca, unita agli sprechi, al benessere dei cittadini.

A fronte del quadro (ahimè desolante) sul fenomeno corruttivo presentato dal Rapporto, sono sempre attuali alcune riflessioni sull'utilizzo degli strumenti di lotta alla corruzione, presenti nel nostro ordinamento giuridico. Su quelli di uso specifico per le amministrazioni pubbliche – e prima ricordati – per quanto concerne l'area sanitaria dà ampia informazione il Rapporto in questione. Ma non ci si può dimenticare del decreto 231, pioniere tra questi strumenti. In particolare, può essere lecito chiedersi se esso debba restare totalmente assente dalle analisi condotte dal Rapporto per la Sanità.

Come noto, alcuni autori escludono che la disciplina del decreto 231 sia applicabile agli enti pubblici erogatori di servizi pubblici. L'esonero si baserebbe su considerazioni di ragionevolezza. Ove infatti lo si applicasse anche agli enti che erogano servizi pubblici, il peso delle sanzioni – tanto di quelle interdittive quanto di quelle pecuniarie – ricadrebbe sulla collettività dei cittadini, con interruzione dei servizi e danno per le finanze pubbliche (2). Or non v'è dubbio che, tra i servizi pubblici, un ruolo di assoluta preminenza occupano quelli rivolti alla salute dei cittadini. Per le ragioni poc'anzi dette, il decreto 231 non può quindi trovare applicazione diretta per gli enti sanitari.

Una convinta lotta alla corruzione (ma il Rapporto direbbe che così non è) potrebbe però attribuirgli un'importanza indiretta anche nel settore sanitario. Le aziende sanitarie potrebbero riconoscergli rilevanza prevedendo, in qualche maniera, che la sua applicazione compaia tra i requisiti che devono possedere i loro fornitori. Una corrente di pensiero in questa direzione non è nuova. Alcune Regioni lo hanno previsto nei loro ordinamenti. Va da sé che un'ampia considerazione dell'applicazione del decreto 231 nell'area sanitaria potrebbe anche correggere la *maladministration* degli sprechi, potendo essere essi stessi sede di corruzione, quandanche non rilevata dal Giudice penale. Si auspica che regole di questo genere possano trovare formale enunciazione nell'ambito del nuovo Codice degli appalti pubblici e nelle linee interpretative affidate all'ANAC.

² Cfr., PISTORELLI, *Commento all'art. 1 del decreto 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti – D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Commentario diretto da Levis, Perini, pagg. 23-24.