

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 4 – aprile 2017

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. NORME E ATTI | 15 |
| <i>di Andrea Ferrero</i> | |
| 5. ORGANISMO DI VIGILANZA | 20 |
| <i>di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione</i> | |
| 6. PROFILI INTERNAZIONALI | 22 |
| <i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i> | |
| 7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI | 26 |
| <i>di Carlo Manacorda</i> | |

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Responsabilità dell'ente e specificità dei motivi di ricorso per Cassazione

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (Sez. III, n. 9132 del 24.2.2017) offre lo spunto per alcune riflessioni utili a comprendere il contenuto minimo delle argomentazioni difensive a tutela dell'ente che sia imputato dell'illecito amministrativo dipendente da reato ai sensi dell'art. 25-*undecies* D-Lgs. 231/2001.

In particolare, come si andrà osservando, non tutte le doglianze astrattamente sollevabili con un motivo di gravame trovano uguale eco e per converso richiedono oneri probatori o di allegazione differenti, con la conseguenza che l'inerzia del difensore potrà condurre a una chiusura anticipata del processo penale.

Questi, in estrema sintesi, i fatti. A una società titolare di diversi impianti di trattamento dei rifiuti veniva contestata la contravvenzione di gestione illecita di rifiuti in difformità rispetto alle autorizzazioni attualmente vigenti per la stessa (art. 256 co. 1-4 D.Lgs. 152/2006).

Gli imputati, già consiglieri del C.d.A., non avevano fatto rispettare talune prescrizioni quali: i) la conservazione presso l'impianto dei referti analitici; ii) la verifica e catalogazione dei rifiuti in entrata; iii) la conservazione presso l'impianto dei registri di carico e scarico dei rifiuti; iv) l'apposizione di segnaletica nei silos di deposito dei rifiuti.

Avverso la sentenza di condanna del Tribunale territorialmente competente ricorrevano per Cassazione sia gli imputati personalmente, sia l'ente, condannato al pagamento di 100 quote.

Il ricorso degli imputati veniva accolto, con rinvio al Tribunale per un secondo esame della questione, limitatamente al secondo motivo di doglianza, inerente alla contraddittorietà della motivazione relativa al contenuto dell'autorizzazione stessa, che a parere dei ricorrenti non contemplava l'obbligo di conservare i registri di carico e scarico presso l'impianto ma legittimava anche la loro tenuta presso la sede legale della società.

Sotto altri profili, invece, i ricorsi degli imputati e della società sono rigettati e sono di interesse quanto ai requisiti formali e sostanziali dello stesso ricorso per Cassazione.

In primo luogo la Corte ricorda come la responsabilità degli amministratori consegua non solo per la loro diretta attività nel ciclo di gestione dei rifiuti (produzione, distribuzione, utilizzo e consumo di beni da cui originano i rifiuti), ma anche e maggiormente per il fatto che la persona giuridica titolare dell'attività è "produttore" o quantomeno "detentore" del rifiuto ai sensi dell'art. 183 D.Lgs. 152/2006.

In secondo luogo la Corte rammenta che in materia ambientale, diversamente rispetto alla materia giuslavoristica, la delega di funzioni non è condizionata dalle effettive dimensioni dell'impresa, ben potendo essere rilasciata anche all'interno di contesti imprenditoriali piccoli o medi (cfr. Cass. Pen., Sez. III, n. 27862 del 21.5.2015, in Ambiente & Sviluppo, 2015, XI-XII, 663).

Questo a condizione, come noto, che la delega sia puntuale ed espressa quanto a poteri decisionali e limiti di spesa, che il delegato sia tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato e che l'esistenza della delega stessa sia dimostrabile in giudizio.

La sentenza precisa che, nel caso di specie, *"nessuna di queste condizioni risulta rispettata e nemmeno addotta"*, con la conseguenza che *"la mancanza di deleghe di funzioni, nei termini sopra indicati, è fatto che di per sé prova la mancanza di un efficace modello organizzativo adeguato a prevenire la consumazione del reato da parte dei vertici societari"*.

Sembra quindi potersi dedurre che, in casi come questo, il rilascio di una delega di funzioni in campo ambientale sia già un primo elemento utile a dimostrare l'esistenza di un modello organizzativo interno atto a prevenire la commissione dei reati-presupposto.

Ma vi è di più. Il modello, presentato in sede di legittimità dalla società ricorrente, non può essere esaminato dalla Corte di Cassazione in quanto riguarda un accertamento di fatto: *"...essendo altresì necessario che si dia prova, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso, della sua effettiva produzione in giudizio, pena la infondatezza della censura del vizio di motivazione sul punto"*.

Emerge quindi ancora una volta la necessità di articolare in maniera attenta i singoli motivi di ricorso per Cassazione, dando priorità all'autosufficienza

dell'atto. Questo, difatti, dovrà da subito contenere tutta la documentazione atta a comprovare i diversi vizi della sentenza sotto pena di una pronuncia di infondatezza del motivo per motivi prettamente formali.

In ogni caso la Corte osserva anche che le doglianze della società sono generiche, in quanto non spiega minimamente se e come il reato-presupposto fosse stato previsto e gestito all'interno del modello organizzativo e come si intendesse fronteggiare il rischio di commissione di tali fatti.

Risulta così fondamentale, allegando la presenza di un modello di organizzazione, evidenziare specificamente dove sia stata eseguita la mappatura dei reati-presupposto contestati e quali siano i correttivi gestionali introdotti a scopo preventivo.

Solo così si potrà poi contestare la carenza motivazionale in ordine all'insufficienza o all'assenza del modello di gestione, altrimenti allegato in modo del tutto a-specifico e quindi irrituale.

Da ultimo, osservando che l'ente risponde a condizione che vi siano un interesse o vantaggio in suo favore, la Corte critica l'assenza di riferimenti alternativi nella prospettazione difensiva.

In altre parole, la difesa non avrebbe nemmeno spiegato in cosa sarebbe consistito l'interesse – esclusivo e soggettivo – degli imputati alla commissione del reato loro ascritto.

Anche sotto questo profilo, pertanto, emerge nitidamente la necessità di allegare (quantomeno) in cosa sarebbe consistito l'interesse o vantaggio dell'autore materiale del reato: solo assolvendo a tale ulteriore onere sarà possibile, in sede di ricorso, sostenere che non vi sia un interesse o vantaggio in capo alla società.

La sentenza sembra ricordare l'importanza di diversi "valori processuali", che andremo per brevità elencando in via riassuntiva: i) la produzione probatoria tempestiva del modello; ii) l'evidenziazione del contenuto, sul punto contestato, del modello di gestione; iii) la prospettazione di un diverso interesse o vantaggio per sostenere l'assenza di quello in capo all'ente.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

La Cassazione si pronuncia sul concorso tra riciclaggio e *phishing*

Il reato di riciclaggio non concorre con quello di frode informatica realizzata mediante il cd. *phishing*. Questo quanto statuito dalla Cassazione Penale, Sez. II, con la sentenza del 9 febbraio 2017, n. 10060.

Avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma del 22 settembre 2015, ricorrevano per Cassazione i difensori dell'imputato, lamentando, innanzitutto, la contraddittorietà della motivazione in relazione alla mancata sussunzione della ritenuta ipotesi di riciclaggio nell'alveo della presupposta frode informatica.

I difensori eccepivano, altresì, una erronea applicazione degli artt. 640-ter e 648-bis c.p., in relazione alla qualificazione giuridica dei fatti: anche volendo ritenere sussistente quale effetto della condotta un intralcio alla individuazione della provenienza delittuosa dei beni, le modalità della truffa informatica comprendevano anche il riciclaggio del denaro ricavato, configurandosi in tal modo il concorso nel reato presupposto che escludeva la fattispecie di cui all'art. 648-bis c.p.

Ciò detto, la Suprema Corte, con la sentenza *de qua*, ha ritenuto come i giudici di secondo grado avessero già esaurientemente motivato tutti i punti oggetto di appello e pedissequamente riproposti con il ricorso per cassazione.

In particolare, sul primo motivo di ricorso, premessa la definizione di *phishing* (truffa informatica effettuata inviando un'*e-mail* con il logo contraffatto di un istituto di credito o di una società di commercio elettronico, in cui si invita il destinatario a fornire dati riservati quali numero di carta di credito, *password* di accesso al servizio di *home banking*, ecc., motivando tale richiesta con ragioni di ordine tecnico), come evidenziato nella sentenza di primo grado, nello stesso sono figure essenziali l'*hacker* (esperto informatico) che si procura i dati, il collaboratore "prestaconto" che

mette a disposizione un conto corrente per accreditare le somme e il destinatario finale delle somme spedite dal cliente prestaconto (che può anche essere uno dei due soggetti sopra indicati).

Ciò premesso, osserva la Corte d'Appello che l'imputato aveva svolto il ruolo di prestaconto nelle operazioni di *phishing* che avevano condotto all'appropriazione delle somme di denaro depositate nei conti correnti delle persone offese.

L'imputato, in particolare, aveva aperto conti sui quali erano confluiti gli importi illecitamente carpiri. Egli, in un'epoca successiva alla commissione dei delitti mediante i quali era stato realizzato il *phishing* (artt. 615-*bis* e 640-*ter* c.p.), aveva quindi consentito la realizzazione del profitto di tali reati, ma aveva altresì introdotto un ulteriore passaggio necessario al fine di far perdere le tracce del denaro.

L'azione dell'imputato non poteva pertanto essere ricondotta, a titolo concorsuale, all'art. 640-*ter* c.p., secondo quanto preteso dall'appellante, poiché lo stesso aveva compiuto operazioni volte a ostacolare la provenienza delittuosa delle somme depositate nei conti correnti e successivamente utilizzate per prelievi di contanti, ricariche di carte di credito o ricariche telefoniche, realizzando in tal modo gli elementi costitutivi del delitto previsto dall'art. 648-*bis* c.p.

La Corte, come già il tribunale, ha quindi ritenuto che i comportamenti dell'imputato si collocavano in una fase successiva alla consumazione, quando il reato presupposto di frode informatica era ormai perfetto e aveva esaurito le sue conseguenze; peraltro, quand'anche si ritenesse lo stesso imputato complice del delitto presupposto, questo andrebbe considerato proprio l'illecito *ex art. 648-bis* c.p., e non *ex artt. 615-ter* e 640-*ter* c.p., dal momento che il contegno dell'imputato si innesterebbe, quale prosecuzione, sulla già avvenuta frode informatica.

A parere della Cassazione, è quindi del tutto evidente che a fronte di un provvedimento di secondo grado che ha fornito una risposta ai motivi di impugnazione, la pedissequa riproduzione di essi come motivi di ricorso per cassazione non può essere considerata come critica argomentata rispetto a quanto affermato dal giudice del gravame.

Per le considerazioni suesposte, dunque, i ricorsi sono stati dichiarati inammissibili.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. VI, 21 marzo 2017 (dep. 29 marzo 2017), n.15578; CARCANO, Presidente, GIORDANO Estensore; SPNACI P.M. (conf.); Vescovi Renzo S.p.A., imp.

Misure cautelari – Misura interdittiva – Divieto di contrattare con la pubblica amministrazione - Decorrenza – Data di notifica del provvedimento all’ente – Mancata comunicazione del provvedimento alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull’ente - Irrilevanza (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 48, 51, comma 3)

Il termine iniziale di decorrenza della misura cautelare interdittiva del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione va individuato nella data di notifica dell’ordinanza cautelare all’ente, essendo irrilevante l’adempimento successivo, che non ha effetto costitutivo ma di mera pubblicità notizia, della comunicazione del provvedimento ad altri soggetti deputati a verificare l’effettivo rispetto della misura interdittiva (1)

(1) 1. Massima di indubbia esattezza quella della Cassazione, la quale individua il termine iniziale di decorrenza delle misure interdittive nel momento in cui tali provvedimenti sono portati a conoscenza dell’ente collettivo interessato.

La tesi contraria, priva di qualsiasi aggancio normativo, e sostenuta in sede di merito pretendeva di far decorrere il suddetto termine dal momento in cui la misura interdittiva era comunicata, ai sensi dell’art. 84 d.lg. n. 231 del 2001, ad un terzo soggetto deputato al controllo ed alla vigilanza sull’ente imputato onde evitare una sua elusione del provvedimento interdittivo. La ragione di tale posizione era rinvenuta nella circostanza che, mancando tale comunicazione, non si sarebbe potuto garantire l’effettivo rispetto della misura interdittiva la quale non sarebbe stata portata a conoscenza dei soggetti della pubblica amministrazione e la società avrebbe così potuto continuare a contrattare con gli stessi.

La replica della Corte Suprema è nel senso che la suddetta esigenza di conferire effettiva efficacia alla misura cautelare interdittiva da un lato non

giustifica l'affermazione secondo cui l'esecuzione della stessa decorre dal momento della sua comunicazione ad un terzo soggetto tenuto a controllarne l'effettivo rispetto e dall'altro è garantita dalla fattispecie delittuosa prevista dall'art. 23 d.lg. n. 231 del 2001 in caso di inottemperanza del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

Trib. Milano, sez. II penale, ord. 4 aprile 2017), n. 11622/2016

Processo contro gli enti collettivi – Costituzione di parte civile – Possibilità per l'ente imputato ai sensi del decreto n. 231 del 2001 di costituirsi parte civile nel procedimento penale nei confronti delle persone fisiche asseritamente autrici del reato presupposto - Inammissibilità

Nell'ambito di un procedimento penale relativo ad medesimo episodio di reato attribuito tanto ad una persona giuridica ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001 che a persone fisiche operanti per conto della stessa, la società non può assumere contestualmente da un lato la posizione di soggetto imputato nell'ambito del giudizio che si svolge nei suoi confronti ed al contempo di parte civile costituita nei confronti delle persone fisiche imputate e ciò anche nel caso in cui la società abbia già definito, separatamente, la propria posizione.

1. Innanzi al Tribunale di Milano era instaurato un procedimento penale inerente vicende di mendacità contabile e altre infedeltà patrimoniali poste in essere dagli amministratori di un importantissimo istituto di credito. La pubblica accusa esercitava l'azione penale tanto nei confronti dei soggetti che gestivano la predetta banca, quanto nei confronti dell'istituto di credito stesso ai sensi del decreto n. 231 del 2001, ritenendo che i fatti di reato commessi dalle persone fisiche erano stati posti in essere a vantaggio e nell'interesse della società e in virtù di un insufficiente assetto organizzativo, non idoneo a impedire il verificarsi di illeciti del tipo di quelli per cui si procedeva.

Dopo l'emersione dei fatti di reato oggetto del procedimento penale e dopo che la Procura di Milano aveva eseguito anche diverse misure cautelari che avevano interessato numerosi amministratori della banca coinvolta, i soci dell'istituto di credito avevano ovviamente radicalmente modificato il relativo assetto organizzativo e soprattutto sostituito nella sua integrità i componenti del Consiglio di Amministrazione e più in generale tutti i soggetti che rivestivano posizioni apicali o comunque rilevanti all'interno della società.

In considerazione di tale circostanza, ritenendo cioè che la banca – nella sua nuova organizzazione e alla luce della nuova composizione dell'organo amministrativo subentrata dopo l'emersione dei fatti di reato – fosse sostanzialmente un soggetto radicalmente diverso rispetto alla persona giuridica accusata dei gravi illeciti (dovendosi altresì tenere presente che il procedimento ex D.Lgs. 231 del 2001 era stato definito con sentenza di patteggiamento), i nuovi titolari dell'istituto di credito chiedevano di costituirsi parte civile nell'ambito del procedimento nei confronti delle persone fisiche.

Il Tribunale di Milano, richiamando una risalente decisione della Cassazione (Cass. sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 19764) ha sostenuto che fra ente collettivo e individuo autore del reato-presupposto sussiste una sorta di responsabilità concorsuale in ordine al medesimo illecito: pur non sussistendo tutti gli elementi strutturali di un concorso di persone nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p., il peculiare paradigma di responsabilità disciplinato nel D.Lgs. 231 del 2001 andrebbe ricondotto all'istituto del concorso di persone, in quanto, non diversamente da quella forma di manifestazione dell'illecito, anche in questo caso “da un'unica azione criminosa scaturiscono una pluralità di responsabilità” e anzi si sarebbe innanzi a un concorso necessario, in quanto, sul piano sia oggettivo che soggettivo, per la responsabilità della persona giuridica occorre comunque che un reato-presupposto sia stato commesso dalla persona fisica.

Sulla scorta delle considerazioni sopra esposte, il Tribunale di Milano ha escluso la possibilità di una costituzione di parte civile dell'ente imputato, anche in ragione del fatto che all'imputato non è dato dolersi dei danni cagionati dal reato nel quale ha concorso: “nel caso in cui si ritenesse la esistenza di una sua legittimazione attiva alla costituzione di parte civile, l'ente finirebbe con il dolersi e pretendere il risarcimento da quei soggetti legittimati ad agire in nome e per suo conto che hanno posto in essere la condotta imputata anche a vantaggio e nell'interesse dell'ente medesimo nell'ambito di un rapporto criminale che l'ultima pronuncia della Suprema Corte sopra riportata ha definito sostanzialmente concorsuale nel medesimo reato”.

2. In ordine alla possibilità di esercitare l'azione civile, ai sensi degli artt. 74 ss. c.p.p., nel processo nei confronti degli enti collettivi ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001, in termini generali, la questione dell'ammissibilità della

costituzione di parte civile nell'ambito del procedimento di cui al D.Lgs. 231 del 2001 può dirsi ormai risolta in senso negativo.

Infatti, sul tema – che ha costituito oggetto di numerosi interventi dottrinali (VARRASO, L'"ostinato silenzio" del d.lg. n. 231 del 2001 sulla Costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché", in *Cass. Pen.*, 2001, 2539; BALDUCCI, La Corte di Cassazione prende posizione sulla costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2011, 1121; VARANELLI, La Cassazione esclude l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti degli enti, in *Soc.*, 2011, 571; ARIOLLI, Inammissibile la costituzione di parte civile nel processo instaurato per l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente, in *Giust. Pen.*, 2011, III, 257; MUCCIARELLI, Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n.231/2001, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 431; SANTORIELLO, La parte civile nel procedimento per la responsabilità degli enti, in *Giur. It.*, 2011, 1383; PISTORELLI, Inammissibile per la Corte di cassazione la costituzione di parte civile nei processi a carico degli enti, *ibidem*, 1385; BRICCHETTI, La persona giuridica non risponde del reato ma di un illecito idoneo per il risarcimento, in *Guida dir.*, 2011, 9, 52; VALSECCHI- VISANO', Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. 231/01 non è in contrasto col diritto dell'Unione, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; Magliocca, La costituzione di parte civile nel processo de societate, questione definitivamente risolta?, in *Arch. pen.*, 2011, 284; GROSSO, Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 4, 1335; VARANELLI, La questione dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria nel processo penale nei confronti degli enti. Disamina aggiornata della giurisprudenza, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2009, 3, 159; BERLTRAMI, L'inammissibilità della costituzione di parte civile in danno dell'ente al vaglio della corte di Giustizia UE, *ivi*, 2013, 1, 213; VIGNOLI, La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato, *ivi*, 2006, 3, 28; PANASITI, Spunti di riflessione sulla legittimazione passiva dell'ente nell'azione civile di risarcimento, *ivi*, 2007, 1, 95; SANTORIELLO, La costituzione di parte civile nel processo contro gli enti collettivi: le decisioni della cassazione e della corte di giustizia segnano un punto di approdo solo parziale?, *ivi*, 2013, 4, 19), mentre la giurisprudenza ha prevalentemente assunto una posizione non favorevole (cfr. ordinanze GUP Torino, Dott. Moroni, 24 luglio 2008,

processo IFIL Investiments S.A. e Giovanni Agnelli & C S.a.az; GUP Torino 21 ottobre 2008 Est. Gianfrotta, proc. Tyssen; GUP Milano, Dott. Zamagni, 26 gennaio 2009, Equitalia – Esatri; GUP Milano Dott. Clivio, 27 febbraio 2009, Fondazione Centro San Raffaele, tutte pubblicate in www.rivista231.it; Tribunale Milano, 9 marzo 2004, in Foro It., 2004, II, c. 435; ordinanza GUP Torino, 13 novembre 2004, inedita; ordinanza GUP Milano, dott. Sacconi, 25 gennaio 2005, inedita; Tribunale Milano, sez. X, 20 marzo 2007, inedita; Tribunale Milano, sez. I, 19 dicembre 2005, inedita; ordinanza GUP Milano, dott. Varanelli, 18 gennaio 2008, in Soc., 2009, 1031; edita; Tribunale Milano, sez. II, 18 aprile 2008, inedita; Tribunale Milano, sez. IV, 10 giugno 2008, inedita; Tribunale Milano, sez. II, 20 novembre 2008, inedita; ordinanza GUP Milano, dott. Corte, 26 marzo 2009, inedita), pur non mancando interventi di segno contrario (Cfr. ordinanza GUP Milano dott. Giordano del 5 febbraio 2008, proc. Enipower pubblicata su www.rivista231.it; ordinanza GUP Torino Salvadori, 12 gennaio 2006 pubblicata su www.rivista231.it; ordinanza GUP Milano, dott. Panasiti, 9 luglio 2009, inedita) – si è pronunciata la Cassazione sostenendo che nessuna possibilità di istanza di risarcimento potrebbe essere formulata nei confronti dell'ente collettivo posto l'illecito attribuito a tale soggetto è "strutturato nella forma di una fattispecie complessa", della quale "il reato costituisce solo uno degli elementi fondamentali dell'illecito", sicché "tale illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, ma semplicemente lo presuppone"; assodata dunque "l'autonomia dell'illecito addebitato all'ente" e la distinzione fra la responsabilità e quella della persona fisica, ne discende che "l'eventuale danno cagionato dal reato non coincide con quello derivante dall'illecito amministrativo di cui risponde l'ente".

Questa autonomia fra illecito dell'ente e il reato-presupposto della medesima preclude, secondo i giudici romani, la possibilità di estendere la competenza del giudice penale a conoscere dell'illecito dell'ente tramite il ricorso agli artt. 74 c.p.p. e 185 c.p.: proprio l'autonomia dei fatti illeciti (rispettivamente ascritti alla persona fisica e all'ente, che risponde per un fatto proprio, diverso da quello posto in essere dalla persona fisica) induce a escludere la fondatezza del richiamo, tanto più che il sistema non accredita certo il principio generale dell'azione risarcitoria nel processo penale, prevedendo al contrario l'art. 75 c.p.p. il *favor separationis*. Da ultimo, poi la Cassazione ha evidenziato come non sia neppure "individuabile un danno derivante dall'illecito amministrativo, diverso da

quello prodotto dal reato": diversamente ragionando, si giungerebbe infatti alla conclusione che il danno da reato può essere indifferentemente attribuito alla condotta della persona fisica o dell'ente, il che contraddice, da un lato, la diversità dei fatti illeciti e, dall'altro, l'autonomia dei comportamenti rispettivamente riferibili alla persona fisica e all'ente. In sostanza, quand'anche si volesse riconoscere l'ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti di una persona giuridica, tale modalità di esercizio dell'azione di risarcimento sarebbe senza effetto posto che "i danni riferibili al reato sembrano esaurire l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria", escludendo che possano esservi danni ulteriori derivanti direttamente dall'illecito dell'ente" (Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251, in Cass. Pen., 2001, 2539).

NORME E ATTI

di **Andrea Ferrero**, Redazione Rivista 231

Publicato in Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 15.3.2017 n.38

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 75 del 30.3.2017 è stato pubblicato il D.Lgs. 15.3.2017 n. 38 di attuazione della decisione quadro del Consiglio UE del 22.7.2003, n.2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato.

Il provvedimento prevede un ampliamento della categoria dei soggetti punibili per il reato di corruzione nel settore privato, andando a ricomprendere anche quanti all'interno degli enti svolgono attività lavorativa con funzioni direttive.

Si ampliano, inoltre, le condotte sanzionabili, prevedendo che siano punite la dazione e la sollecitazione della corresponsione di denaro o altra utilità, si punisce l'istigazione alla corruzione (oggi non punita) e si inaspriscono le sanzioni per l'ente nel caso in cui il corruttore sia soggetto che abbia agito in nome e nell'interesse dell'ente stesso.

E' anche prevista l'applicazione delle sanzioni interdittive.

Il provvedimento è entrato in vigore il 14.4.2017.

Di seguito il testo dell'art. 25-ter D.Lgs. 231/2001 e degli artt. 2635 e 2635-*bis* codice civile, con le modifiche evidenziate in rosso.

Articolo 25-ter decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

(Reati societari)

(A norma dell'articolo 39, comma 5, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, le sanzioni pecuniarie previste dal presente articolo sono raddoppiate)

1. In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:
- a) per il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2621 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;
 - a-bis) per il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2621-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote;
 - b) per il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2622 del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote;
 - d) per la contravvenzione di falso in prospetto, prevista dall'articolo 2623, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;
 - e) per il delitto di falso in prospetto, previsto dall'articolo 2623, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentotrenta quote;
 - f) per la contravvenzione di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, prevista dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;
 - g) per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, previsto dall'articolo 2624, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;
 - h) per il delitto di impedito controllo, previsto dall'articolo 2625, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;
 - i) per il delitto di formazione fittizia del capitale, previsto dall'articolo 2632 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

l) per il delitto di indebita restituzione dei conferimenti, previsto dall'articolo 2626 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

m) per la contravvenzione di illegale ripartizione degli utili e delle riserve, prevista dall'articolo 2627 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote;

n) per il delitto di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, previsto dall'articolo 2628 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote;

o) per il delitto di operazioni in pregiudizio dei creditori, previsto dall'articolo 2629 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

p) per il delitto di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, previsto dall'articolo 2633 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

q) per il delitto di illecita influenza sull'assemblea, previsto dall'articolo 2636 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote;

r) per il delitto di agiotaggio, previsto dall'articolo 2637 del codice civile e per il delitto di omessa comunicazione del conflitto d'interessi previsto dall'articolo 2629-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote;

s) per i delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, previsti dall'articolo 2638, primo e secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

s-bis) per il delitto di corruzione tra privati, nei casi previsti dal terzo comma dell'articolo 2635 del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote e, nei casi di istigazione di cui al primo comma dell'articolo 2635-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote. Si applicano altresì le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2.

3. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo.

Articolo 2635 codice civile

(Corruzione tra privati)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.

Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte.

Articolo 2635-bis codice civile

(Istigazione alla corruzione tra privati)

Chiunque offre o promette denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 2635, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, che sollecitano per sé o per altri, anche per interposta persona, una promessa o dazione di denaro o di altra utilità, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, qualora la sollecitazione non sia accettata.

Si procede a querela della persona offesa.

ORGANISMO DI VIGILANZA

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

Corruzione tra privati e Modelli organizzativi: il D.Lgs. n.38/2017

Il decreto legislativo di attuazione della decisione quadro del Consiglio europeo 2003/568/GAI - relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, introduce una serie di modifiche al titolo XI, del libro V, del codice civile.

In particolare, il provvedimento normativo interviene sugli articoli 2635 (corruzione tra privati), 2635-*bis* (istigazione alla corruzione tra privati) e 2635-*ter* (pene accessorie) del codice civile.

Tra le varie novità, l'introduzione del delitto di istigazione alla corruzione, che si realizza ad opera di chiunque offra o prometta denaro o altra utilità non dovuti agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci e ai liquidatori, di società o enti privati, nonché a chi svolge in essi un'attività lavorativa con l'esercizio di funzioni direttive, affinché compia od ometta un atto in violazione degli obblighi inerenti al proprio ufficio o degli obblighi di fedeltà, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata (per tale reato previsto ora dall'art. 25-*ter* del D.Lgs. n.231/01 è prevista la sanzione pecuniaria da 200 a 400 quote).

I recenti interventi rendono necessario verificare sia le aree a rischio reati, sia i protocolli di controllo già elaborati per il delitto di corruzione tra privati.

Di seguito si evidenziano gli aspetti da tenere in considerazione nell'elaborazione degli specifici protocolli di prevenzione del modello 231/2001:

- tra gli autori del reato di corruzione tra privati sono ricompresi anche coloro che:
 - a) rivestono posizioni apicali di amministrazione e controllo;
 - b) svolgono attività lavorativa mediante l'esercizio di funzioni direttive presso società o enti privati;
- la responsabilità è estesa agli enti privati quali le associazioni;
- soggetto attivo del reato di corruzione tra privati può essere anche un soggetto estraneo all'organizzazione del soggetto collettivo.

Da ultimo occorre rilevare come sia stato disposto un inasprimento delle pene previste per i soggetti collettivi, con l'introduzione delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma, 2 del D.Lgs. n.231/2001 (applicabili quindi anche in fase di indagini preliminari quali misure cautelari) e con un aumento della pena pecuniaria nel caso in cui questo abbia conseguito dal fatto criminoso un profitto di rilevante entità, con l'aumento di un terzo della pena rispetto a quella base.

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

La tutela del whistleblowing nel settore privato, tra ritardi normativi e case studies

Un caso eclatante a livello internazionale ha fatto tornare all'onore delle cronache la questione della protezione dei *whistleblowers*, soprattutto con riferimento al settore privato.

Il *whistleblowing* è un istituto di origine anglosassone, già collaudato da vari anni in particolare negli USA e nel Regno Unito.

Com'è noto, invece, la Camera dei deputati ha già approvato l'articolato del Disegno di legge sulle "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", volto a rafforzare la tutela del c.d. "whistleblower" che attualmente è pendente innanzi al Senato della Repubblica assorbito in altro disegno di legge (DDL S. 2208).

Ne consegue che una disciplina della tutela del *whistleblower* in Italia, soprattutto nel settore privato, è ancora *in fieri*.

A livello internazionale, di contro, si tratta di un istituto significativo nella prevenzione della corruzione, ampiamente applicato.

Si pensi al caso di seguito descritto.

Segnatamente, un *manager* della sicurezza della Barclays' si trova ad affrontare un'indagine interna sul suo ruolo nel tentativo di identificare un informatore.

In particolare, egli avrebbe posto in essere azioni volte a identificare un informatore autore di due lettere al Consiglio di Amministrazione e di un alto dirigente nel mese di giugno 2016, nelle quali si sollevavano preoccupazioni circa il comportamento di un altro dirigente della medesima azienda.

L'account *LinkedIn* del manager in questione evidenzia la provenienza del funzionario dall'Europol dove era stato a capo dell'Unità Cybercrime e anche membro del gruppo di esperti dell'Interpol sul Global Cybercrime.

La vicenda si colora ancor più di grottesco se si pensa che l'accusato, in una dichiarazione ufficiale, ha affermato che non era a conoscenza del fatto che non fosse consentito identificare l'autore delle lettere.

Fonte della notizia un importante testata giornalistica britannica che sta dedicando particolare attenzione alla questione anche per il rilievo dell'azienda interessata dal fatto (qui di seguito la fonte)

<http://www.independent.co.uk/news/business/news/barclays-bank-jes-staley-whistleblowing-security-chief-head-troels-oerting-tim-main-uncover-a7679546.html>.

La nuova legge, quando approvata, potrà rappresentare un elemento cardine nella prevenzione della corruzione anche nel settore privato agendo nell'ambito del sistema del D.Lgs. 231/2001.

Essa verrebbe a colmare un vuoto normativo in quanto l'Italia aveva già aderito a impegni internazionali sulla corruzione, ai quali non ha poi dato seguito in modo specifico, come la Convenzione ONU di Merida del 2003 contro la corruzione (UNCAC, art. 33), e la Convenzione civile del 1999 del Consiglio d'Europa sulla corruzione (art. 9).

La protezione del *whistleblower* è entrata per la prima volta formalmente nell'ordinamento italiano con la legge anticorruzione n. 190/2012 (c.d. legge Severino) art.54-bis.

Da ultimo, la questione è anche venuta in rilievo nei lavori della Riunione Ministeriale dell'OCSE (*The OECD Anti-Bribery Convention and its role in the global fight against corruption*) tenutasi il 16 marzo scorso a Parigi sotto la presidenza dal Ministro italiano della Giustizia, Andrea Orlando, nonché nelle dichiarazioni finali del Summit Anticorruzione di Londra del 12 maggio scorso (*"making easier for people to report corruption without fear of reprisal"*).

Secondo il Working Group on Bribery dell'OCSE, il 58% dei membri aderenti alla Convenzione non dispone ancora di un quadro normativo adeguato alla protezione del *whistleblowing*.

Un quadro generale aggiornato della protezione nei diversi Paesi è fornito dal Rapporto pubblicato dall'OCSE nel marzo u.s.: *Committing to effective Whistleblower protection*, nel quale si sottolinea tra l'altro che pur registrandosi continui progressi nelle discipline di salvaguardia del

whistleblower, particolarmente negli ultimi cinque anni, si è ancora molto lontani dal conseguire una effettiva protezione.

Il ddl in discussione al Senato si compone di due articoli: nello specifico, l'articolo 1 modifica l'attuale disciplina riferita ai lavoratori pubblici di cui all'articolo 54-*bis* del decreto legislativo n. 165 del 2001, mentre l'articolo 2 concerne i lavoratori del settore privato.

La riforma, pur confermando il principio di tutela, in base al quale l'autore della segnalazione o denuncia non può essere sottoposto a misure aventi effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, presenta i seguenti elementi di novità.

L'ambito di applicazione della disciplina è esteso ai lavoratori pubblici diversi dai lavoratori dipendenti (collaboratori o consulenti), nonché ai lavoratori, collaboratori e consulenti degli enti pubblici economici, a quelli degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico, ai lavoratori e ai collaboratori di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzino opere in favore dell'amministrazione pubblica. Le disposizioni previste si applicano alle segnalazioni effettuate in buona fede e nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione.

Riguardo ai possibili soggetti destinatari della segnalazione, la novella sostituisce il riferimento al superiore gerarchico con quello al responsabile della prevenzione della corruzione, figura presente in ogni pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 1, comma 7, della legge n. 190 del 2012.

Resta ferma l'ipotesi di segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) o di denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile.

In merito al principio di tutela, si prevede che l'adozione di misure ritenute ritorsive sia comunicata in ogni caso all'ANAC, da parte dell'interessato o delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, e che l'ANAC informi il Dipartimento della funzione pubblica o gli altri organismi di garanzia per le determinazioni di competenza.

Si introduce, per il caso di adozione di una misura discriminatoria, una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro, a carico del responsabile che abbia adottato la misura, fermi restando gli altri profili di responsabilità. La sussistenza di una misura discriminatoria è accertata dall'ANAC, che è altresì competente a irrogare la relativa sanzione.

Si modifica anche la tutela della riservatezza circa l'identità dell'autore della segnalazione, limitando la vigente deroga al principio di riservatezza al

caso in cui la conoscenza dell'identità sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, purché la contestazione sia fondata, anche solo parzialmente, sulla segnalazione e solo in presenza di consenso dell'interessato.

Si conferma, invece, che alle segnalazioni in oggetto non si applica la disciplina sul diritto di accesso agli atti di cui alla legge n. 241 del 1990.

È affidata all'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, la predisposizione di linee guida per la presentazione e la gestione delle segnalazioni che garantiscano la riservatezza del dipendente segnalante. Sono previsti meccanismi sanzionatori sia per i casi di assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni, sia per i casi di adozione di procedure non conformi a quelle previste dalla normativa. L'accertamento di tali violazioni e l'irrogazione della sanzione sono di competenza dell'ANAC.

L'applicazione delle tutele non è garantita nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la medesima segnalazione, ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave.

Se al termine del procedimento penale, civile o contabile, ovvero dell'attività di accertamento dell'ANAC risultino l'infondatezza della segnalazione e la mancanza di buona fede da parte del segnalante, questi è sottoposto a procedimento disciplinare, che può concludersi anche con il licenziamento senza preavviso.

L'articolo 2 del disegno di legge estende al settore privato la tutela del dipendente o collaboratore che segnali illeciti, attraverso modifiche all'articolo 6 del decreto legislativo n. 231 del 2001.

In particolare, è integrata la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti privati derivante da reato.

Infine, si sancisce la nullità dei licenziamenti o di altre misure ritorsive o discriminatorie, adottati nei confronti del segnalante, ivi compreso il mutamento di mansioni, e si pone a carico del datore di lavoro l'onere della prova che le misure organizzative adottate successivamente alla segnalazione siano fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

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 controllo pubblico e affidamenti *in house*: riflessi sul Modello di organizzazione e gestione e sui compiti dell'Organismo di Vigilanza previsti dal decreto 231

Con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha approvato le Linee guida n. 7, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti: "*Linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'articolo 192 del decreto legislativo 50/2016*". Indipendentemente dalle sue finalità specifiche, le regole previste nel provvedimento ripropongono il tema delle possibili interazioni tra norme per il contrasto della corruzione e sulla trasparenza – di cui alla legge 190/2012 e al D.Lgs. 33/2013, e successive modificazioni e integrazioni (dopo solo legge 190 e decreto 33) – e regole previste dal D.Lgs. 231/2001 (dopo solo decreto 231).

Come si evince dall'oggetto, la delibera attua le disposizioni dell'articolo 192 del Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (dopo solo Codice) che stabiliscono che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* devono essere iscritti in un apposito elenco istituito presso l'ANAC.

L'atto dell'ANAC in esame stabilisce, dunque, le procedure – con carattere vincolante – per l'iscrizione nel detto elenco nonché le situazioni che possono determinare la cancellazione da esso (1).

(1) La delibera n. 235/2017 entra in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, pubblicazione avvenuta nella G.U n.61, del 14.3.2017. La presentazione delle domande per l'iscrizione nell'elenco deve avvenire dopo 90 giorni dall'entrata in vigore delle Linee guida. La

Incidentalmente, si può osservare che l'iscrizione nell'elenco dovrebbe far emergere il mondo, rimasto finora piuttosto indefinito, delle società *in house*, spesso utilizzato per aggirare, nell'affidamento degli appalti da parte delle amministrazioni pubbliche, le procedure a evidenza pubblica.

La domanda di iscrizione nell'elenco contiene, infatti, tutte le informazioni che riguardano sia l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, sia la società (o le società) *in house* a questi collegata. Le informazioni compariranno anche nell'elenco. L'ANAC valuta la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco e quindi per la messa in atto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori, delle metodologie dell'*in house providing*.

L'assenza dei requisiti, o il venir meno di essi successivamente, determina la cancellazione dall'elenco impedendo, quindi, l'affidamento diretto degli appalti.

La procedura di iscrizione nell'elenco dei soggetti che possono farvi parte postula, tuttavia, un approfondimento per verificare se e come tale iscrizione possa avere riflessi nell'applicazione della disciplina prevista dal decreto 231. Escludendo infatti le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non tenuti all'osservanza delle norme del decreto 231 (2), il problema si pone per gli enti che devono applicare tanto le norme del decreto 231, quanto quelle per l'anticorruzione e sulla trasparenza.

La questione riguarda, essenzialmente, le società in controllo pubblico (escluse le società quotate) – vale a dire le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano i poteri di controllo previsti dall'articolo 2359 cod. civ., ovvero che si trovano in una situazione di influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali, come da ultimo precisato dall'articolo 2 del D.Lgs. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) e le società *in house* – organismi cioè sui quali un'amministrazione pubblica esercita un controllo analogo a quello esercitato nei confronti delle proprie strutture

presentazione della domanda di iscrizione costituisce presupposto legittimante per gli affidamenti *in house*.

(2) Il Codice colloca nelle "amministrazioni aggiudicatrici": le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali e gli altri enti pubblici non economici, soggetti che – come noto – non sono considerati tra i soggetti destinatari della disciplina del decreto 231 (art. 1, co. 3).

organizzative e che devono svolgere l'80% della propria attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice controllante o di altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante (art. 5 del Codice e art. 2, co. 1, lett. o, e art. 16 D.Lgs. 175/2016).

Per questi soggetti, l'ANAC ha emanato indirizzi per conciliare l'applicazione delle norme anticorruzione e sulla trasparenza e quelle previste dal decreto 231.

Con determinazione n. 8/2015 e deliberazione n. 831/2016, l'ANAC prevede che le società in controllo pubblico devono dare applicazione sia alle norme in materia di contrasto della corruzione, sia a quelle sulla trasparenza. Dice l'ANAC che, trattandosi di società che devono (dovrebbero) applicare la disciplina del decreto 231, possono ottemperare alle norme per la lotta alla corruzione integrando il Modello di organizzazione e gestione con misure idonee a prevenire i fenomeni di corruzione e illegalità che tengano anche conto delle più ampie finalità della stessa legge 190. Qualora ritengano di non applicare il decreto 231 – e, quindi, di non adottare il Modello di organizzazione e gestione –, devono predisporre il Piano triennale di prevenzione della corruzione previsto dalla legge 190.

Secondo le nuove Linee guida dell'ANAC in materia in corso di consultazione, la non applicazione del decreto 231 deve però essere motivata e l'ANAC, in sede di vigilanza, monitorerà lo stato di adozione del Modello. Per quanto riguarda le società *in house* la stessa ANAC, tenendo conto delle loro peculiari connotazioni, ne rileva a maggior ragione l'appartenenza alla categoria delle società in controllo pubblico, tenute quindi agli adempimenti appena ricordati per queste ultime.

Da quanto sopra esposto, considerando che l'ANAC annuncia che monitorerà l'integrazione del Modello di organizzazione e gestione con gli elementi riguardanti la lotta alla corruzione e la trasparenza nei termini indicati nei propri provvedimenti prima citati e che, verosimilmente, effettuerà questa verifica anche in sede di esame della domanda di iscrizione nell'elenco previsto dal più volte citato articolo 192 del Codice, potrebbe risultare opportuno considerare nel Modello, tanto da parte delle società in controllo pubblico quanto da quelle *in house* con loro, anche il fatto dell'iscrizione nell'elenco, definendo le regole organizzative interne per il suo mantenimento.

Le Linee guida dell'ANAC stabiliscono infatti al riguardo che: *“Dalla data di cancellazione dall'elenco, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non può effettuare nuovi affidamenti diretti in favore dello specifico organismo in house oggetto di accertamento”*.

Va da sé che, su questi adempimenti, deve vigilare l'Organismo di Vigilanza, non soltanto per le funzioni specifiche in tal senso che gli affida il decreto 231, ma anche tenendo conto delle nuove che sembrano essergli attribuite dall'ANAC con le citate Linee guida in corso di consultazione. Osserva l'ANAC che il comma 8-*bis* inserito nella legge 190 dall'articolo 41 del D.Lgs. 97/2016 stabilisce che sia l'Organismo indipendente di valutazione (3) a verificare l'osservanza degli obblighi in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza.

La nuova disposizione “induce a ritenere che anche nelle società (in controllo pubblico) occorra individuare il soggetto più idoneo allo svolgimento delle medesime funzioni. A tal fine, ad avviso dell'Autorità, tali compiti possono essere efficacemente attribuiti all'Organismo di Vigilanza [...]. In ogni caso, considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del D.Lgs. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge 190 del 2012, le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'Organismo di Vigilanza nominato ai sensi del citato decreto legislativo”.

(3) L'Organismo indipendente di valutazione è previsto, per le amministrazioni pubbliche, dall'articolo 14 del D.Lgs. 150/2009 (Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni).