

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



gennaio 2018

PLENUM

rivista231.it

1. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE	3
<i>di Ranieri Razzante</i>	
2. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	6
<i>di Ciro Santoriello</i>	
3. NORME E ATTI	15
<i>di Camilla Levis</i>	
4. ORGANISMO DI VIGILANZA	16
<i>di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione</i>	
5. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	19
<i>di Carlo Manacorda</i>	

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Antiriciclaggio: raggiunto l'accordo sulla quinta Direttiva

Raggiunto l'accordo sulla Quinta Direttiva Antiriciclaggio. Bisognerà attendere la votazione del testo. Lo scorso 20 dicembre, infatti, il Consiglio dell'Unione Europea, con un comunicato sulla sua pagina web, ha annunciato di aver raggiunto un accordo "politico" con il Parlamento europeo sul provvedimento che andrà a modificare la Direttiva UE/849/2015 (c.d. Quarta Direttiva Antiriciclaggio).

Le modifiche, in particolare, introducono disposizioni particolarmente incisive sulla disciplina dell'accesso ai registri della titolarità effettiva delle imprese all'interno dell'Unione Europea.

La proposta di modifica della Quarta direttiva era stata presentata dalla Commissione, nell'ambito di un Piano d'azione contro il finanziamento del terrorismo, elaborato dalla stessa, a febbraio 2016.

A seguito dei ripetuti attacchi terroristici che dal 2015 hanno colpito l'Europa, infatti, il Consiglio dell'UE e il Consiglio europeo avevano chiesto alle istituzioni europee di adottare ulteriori misure per contrastare il finanziamento del terrorismo e il riciclaggio. Nel giugno 2016, la Commissione europea ha quindi pubblicato una proposta di modifica della Quarta direttiva antiriciclaggio.

La proposta include diverse misure per impedire l'uso del sistema finanziario per il finanziamento di attività criminali e l'occultamento su larga scala dei fondi, attraverso il rafforzamento delle regole sulla trasparenza.

L'emendamento è stato proposto secondo la procedura legislativa ordinaria, che richiede l'adozione del provvedimento sia da parte del Parlamento europeo, sia da parte del Consiglio.

Dopo un *iter* di negoziati in trilogia, durato un anno e mezzo, il 20 dicembre 2017 è stato raggiunto l'accordo su un testo di compromesso, che dovrà essere approvato in prima lettura da Parlamento e Consiglio.

Le principali novità, contenute nella bozza della Quinta direttiva, riguardano il rafforzamento dei poteri delle unità di informazione finanziaria (FIU) degli

Stati membri, l'introduzione di misure di controllo più rigide sui flussi finanziari provenienti dai Paesi terzi ad alto rischio, le valutazioni dei rischi legati alle valute virtuali e alle carte prepagate anonime, nonché l'accesso pubblico ai registri sulla titolarità effettiva di società e *trust*.

Nello specifico, viene migliorata la cooperazione tra le FIU e le Autorità di vigilanza nazionali in merito allo scambio di informazioni. Le FIU avranno accesso ai registri centralizzati delle banche e dei conti di pagamento, con la possibilità di identificare i titolari dei conti stessi.

Quanto ai flussi finanziari dai paesi terzi, sono previsti controlli più intensi, richiedendosi misure di adeguata verifica ancora più "rafforzate". Si ricorda che la Commissione, sulla base delle indicazioni del GAFI, ha elaborato (e aggiorna costantemente) un elenco di paesi non UE con carenze nei loro regimi di prevenzione contro il riciclaggio di denaro.

Per le transazioni con tali Paesi, la "futura" direttiva fornisce criteri più rigorosi in merito all'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette e prevede possibili sanzioni contro le violazioni.

Le modifiche alla Quarta direttiva interessano anche i rischi legati alle carte prepagate e alle valute virtuali: viene, infatti, abbassata la soglia per l'identificazione dei titolari di carte prepagate (da € 250 a € 150) e gli obblighi di *due diligence* sui clienti risultano ampliati.

Mentre, le piattaforme di scambio di valute virtuali e i prestatori di servizi di portafoglio digitale saranno soggetti agli adempimenti di adeguata verifica della clientela.

A tal riguardo, bisogna segnalare che il legislatore italiano con il D.Lgs 90/2017 (attuativo della Quarta direttiva), anticipando le scelte europee, ha già inserito nell'elenco dei soggetti obbligati antiriciclaggio i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale (art. 3, comma 5, lett.i) D.Lgs. 231/07), i cc.dd. *exchanger*.

La normativa antiriciclaggio nostrana si applica a tali soggetti limitatamente allo svolgimento dell'attività conversione di valute virtuali da o in valute virtuali aventi corso forzoso. Si attende, in ogni caso, un intervento del Ministero dell'Economia per l'emanazione di appositi decreti di applicazione.

Le disposizioni più innovative del testo concordato, tuttavia, riguardano le misure per aumentare la trasparenza all'interno dell'UE: accesso pubblico ai registri della titolarità effettiva di società e *trust* commerciali e "interconnessione" dei registri nazionali per agevolare la cooperazione tra gli Stati membri.

La direttiva preveda la registrazione delle informazioni sui conti bancari nazionali e sulle cassette di sicurezza, nonché di quelle sulla proprietà immobiliare, (anche se quest'ultima sarà accessibile solo alle Autorità pubbliche). Sono escluse, invece, le informazioni sui contratti di assicurazione sulla vita e sugli strumenti finanziari.

Gli Stati membri, comunque, hanno la possibilità di prevedere un accesso più ampio alle informazioni, conformemente alla loro legislazione nazionale. I registri saranno accessibili solo in presenza di interessi legittimi del richiedente. Nel caso specifico dei *trust*, poiché essi possono anche essere istituiti per scopi non commerciali (ad esempio per beneficenza o per la gestione di beni di famiglia), l'accessibilità sarà limitata ai dati essenziali. Inoltre, sarà concesso solo dietro richiesta scritta, nei casi in cui il *trust* sia proprietario di una società non registrata nella UE.

Come detto, il testo di legge deve ancora essere formalmente approvato da Consiglio e Parlamento europeo. In caso di esito positivo, la Quinta direttiva entrerà presumibilmente in vigore entro la fine del 2019, vale a dire 18 mesi dopo la sua pubblicazione in Gazzetta, che dovrebbe avvenire nella prima metà del 2018.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. III, 18 maggio 2017 (dep. 19 dicembre 2017), n. 56427; CAVALLO, Presidente, ANDRONIO Estensore; SPINACI P.M. (diff.); Automobili D'Antona S.r.l., imp.

Nomina del difensore di fiducia dell'ente – Nomina da parte del rappresentante legale indagato o imputato – Incompatibilità – Inammissibilità della nomina – Conseguenze (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 34, 39, 41)

In materia di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'articolo 39 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231. Ne deriva la nullità del procedimento, rilevabile anche in Cassazione, in cui l'ente sia stato assistito dal difensore di fiducia nominato dal soggetto indagato imputato per il reato presupposto (1)

(1) 1. Il principio esposto in massima deve ritenersi ormai consolidato posto che lo stesso è stato formulato espressamente dalle Sezioni Unite 28 luglio 2015 n. 15249 (si vedano le circolari di maggio e settembre 2015 per approfondimenti di giurisprudenza e dottrina).

Corte cassazione, sez. IV, 5 dicembre 2017 (dep. 19 gennaio 2018), n. 2364; BLAIOTTA, Presidente, CAPPELLO Estensore; DI NARDO P.M. (parz. conf.); BONAGLIA Architetto Maurilio C. S.n.c.

Decreto penale – Opposizione – Opposizione avanzata dal difensore di fiducia della persona giuridica in assenza di una formale costituzione dell’ente – Inammissibilità (C.p.p., art. 461; D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, 52, 53, 57)

In tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda è subordinata alla sua previa costituzione, formalità individuata dall'art. 39 D.Lgs. n. 231 del 2001 quale mezzo di esternazione della volontà diverso e più articolato di quelli dell'imputato persona fisica, in quanto corrispondente alla struttura complessa di tale figura soggettiva e idoneo a rendere quanto prima ostensibile l'eventuale conflitto di interessi derivante dall'essere il legale rappresentante indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Di conseguenza, deve ritenersi inammissibile l'opposizione a decreto di condanna proposto dal difensore di fiducia nominato da ente non costituito (1)

(1) 1. Sulla questione si erano già pronunciate le Sezioni Unite 28 luglio 2015 n. 15249 (si vedano le circolari di maggio e settembre 2015 per approfondimenti di giurisprudenza e dottrina).

2. Con riferimento ai poteri attribuibile al difensore di fiducia nominato da ente non costituito, le Sezioni Unite hanno adottato una soluzione di compromesso.

Secondo la Corte, anche se che la costituzione dell’ente collettivo nel processo non può essere effettuata se non facendo ricorso al particolare procedimento descritto dall’art. 39, comma 1, D.Lgs. n. 231 del 2001, occorre però riconoscere che il sistema processuale delineato dal citato decreto consente comunque all’ente di nominare comunque un difensore di fiducia anche in assenza di una sua formale costituzione nel procedimento - da intendersi tale espressione come facente riferimento non solo alla fase del giudizio, ma anche alla fase delle indagini preliminari.

Il motivo per cui la società non costituitasi può comunque legittimamente nominare un proprio difensore di fiducia è, secondo la Corte di Cassazione, duplice.

In primo luogo, a sostegno di questa tesi sta un indice normativo rappresentato dal fatto che la stessa dichiarazione di costituzione dell'ente deve essere sottoscritta dal difensore ed è quindi un atto del difensore fiduciario: ciò inevitabilmente implica che, anche prima di tale costituzione, ben possa essere stata effettuata dal rappresentante legale dell'ente la nomina del difensore di fiducia.

In secondo luogo, la Corte invita a considerare come, in relazione a particolari atti investigativi - si pensi ai cosiddetti atti a sorpresa - occorra riconoscere prontamente alla persona giuridica la possibilità di esercitare le proprie facoltà difensive, secondo le modalità che la stessa ritenga più opportune: sarebbe infatti lesivo dei diritti inviolabili di difesa propri dell'ente collettivo sottoposto a processo ritenere che al difensore di fiducia comunque nominato, sia pur senza previa costituzione ex art. 39 citato, non possa comunque far valere le ragioni della persona giuridica.

In sostanza, secondo la Suprema Corte, ogni qualvolta l'ente - a prescindere, lo si ripete, dalla sua costituzione in giudizio - abbia nominato un difensore di fiducia, si deve ritenere che detta nomina espliciti piena efficacia, nel senso di legittimare il difensore all'assunzione di eventuali iniziative quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare - al pari d'altronde di quanto sarebbe sicuramente riconosciuto in questo caso al difensore d'ufficio designato in assenza della nomina del difensore di fiducia e pur in mancanza di costituzione della società, non essendo logico riconoscere al primo soggetto un ambito di poteri più ampio di quello attribuito al soggetto investito da un mandato fiduciario.

3. Tale soluzione di compromesso, tuttavia, secondo la decisione in commento non opera con riferimento al procedimento per decreto e in particolare in relazione alla presentazione di opposizione al decreto penale di condanna emesso dal giudice delle indagini preliminari *inaudita altera parte*.

In tale circostanza, infatti, o l'ente si costituisce nel processo, oppure non può presentare opposizione al decreto a mezzo di un proprio difensore.

Tale formazione è motivata in ragione del fatto che l'opposizione a decreto penale non rientra fra quegli atti indifferibili e urgenti che occorre consentire l'ente possa porre immediatamente in essere onde tutelare le proprie ragioni: "il decreto di condanna, così come lo speciale strumento di

impugnazione previsto dall'art. 641 c.p.p., non riproduce quella sequenza temporale propria dell'atto indifferibile e urgente al quale le Sezioni Unite hanno fatto espresso riferimento, cosicché deve ritenersi del tutto inconferente uno scrutinio del momento in cui l'ente abbia avuto conoscenza del procedimento, avendo la parte esercitato una precisazione processuale (non costituirsi nel procedimento), tale da travolgere la legittimazione del difensore di fiducia, i cui poteri non possono produrre effetti procedurali, con conseguente legittimità della nomina [da parte del giudice] di un difensore d'ufficio".

4. In dottrina, CIMADOMO, Esigenze difensive dell'ente e formalità della sua partecipazione al procedimento, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; ROCCHI, Partecipazione dell'ente nel processo: un difficile equilibrio tra esigenze difensive e formalità, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; GARUTI, Nel procedimento di impugnazione delle misure cautelari reali, in *Giur. It.*, 2015, 2498; GALLUCCI, Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell'ente indagato. La Suprema Corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell'ente, in *Cass. Pen.*, 2016, 51; VARRASO, Il "compromesso" delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente "incolpato" nel procedimento de societate, *ibidem*, 75; RUSSO. L'ente nel "suo" procedimento tra garanzie difensive e formalità di costituzione, *ibidem*, 3830

Corte cassazione, sez. II, 5 ottobre 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 295; DIOTALLEVI, Presidente, PACILLI Estensore; VIOLA P.M. (diff.); Molino del Salento S.r.l., imp.

Responsabilità da reato dell'ente collettivo – Reato commesso nell'interesse o a vantaggio della società – Nozione di interesse – Reato commesso nell'interesse esclusivo dell'autore del reato con vantaggio della società – Responsabilità dell'ente – Sussistenza (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5, 12)

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, la responsabilità della persona giuridica sussiste anche quando, perseguendo il proprio autonomo interesse, l'agente obiettivamente realizza (rectius: la sua condotta illecita appaia ex ante in grado di realizzare, giacché rimane irrilevante che lo stesso effettivamente venga conseguito) anche quello dell'ente. In definitiva, perché possa ascrivere all'ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell'autore di quest'ultimo tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l'interesse del medesimo

1. Come è noto, ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 231 del 2001, l'ente risponde solo dei reati commessi nel suo "interesse o vantaggio". La scelta di richiedere – ai fini dell'affermazione della responsabilità per il fatto di reato – che la persona giuridica abbia comunque ricevuto benefici economici dall'altrui condotta criminosa è funzionale all'esigenza di dare piena attuazione, anche in tale ambito sanzionatorio, al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Costituzione.

In base al citato art. 5 del decreto del 2001, infatti, la sussistenza della responsabilità da reato dell'ente collettivo si fonda su un duplice presupposto, ovvero da un lato la circostanza che l'illecito sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica e dall'altro che il reato sia stato posto in essere da un determinato novero di soggetti. Tuttavia, laddove il legislatore avesse ritenuto sufficiente, ai fini dell'affermazione della responsabilità della società, la sola sussistenza di un rapporto di immedesimazione organica fra soggetto agente ed ente collettivo si sarebbe attestato su una interpretazione del canone di personalità della responsabilità penale assolutamente minimale, ritenendo di poter esaurire la lettura di tale principio costituzionale nella necessaria ricorrenza di una relazione fra l'agente singolo e la società di

appartenenza, senza “dare alcun rilievo a momenti interni all’ente medesimo ...[e senza considerare] fatti riconducibili al potere generale di organizzazione, come la lacuna organizzativa oppure la politica d’impresa” (SELVAGGI, L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato, Napoli 2006).

Rispetto a tale impostazione, i redattori del decreto n. 231 hanno invece ritenuto che per una corretta attuazione del disposto di cui all’art. 27 Costituzione nella materia *de qua* fosse necessario richiedere anche che la persona fisica avesse agito delittuosamente nell’interesse dell’ente, ovvero che questi avesse comunque tratto un vantaggio dall’illecito.

Non si è quindi reputata sufficiente – ai fini della dichiarazione di responsabilità della società – la circostanza che il singolo avesse agito “per conto” dell’organizzazione, perché la responsabilità di quest’ultima non può fondarsi sulla mera esistenza di un rapporto di compenetrazione organica fra singolo e persona giuridica, senza alcuna considerazione delle conseguenze che l’ente può ottenere dalla altrui condotta delittuosa, mentre è proprio la considerazione di tali esiti che permette di comprendere se l’azione del singolo vada riferita alla posizione apicale che egli riveste all’interno della società, o se si sia invece in presenza di una condotta tenuta in assoluta autonomia ed anche in spregio agli obblighi di gestione societaria.

2. La tesi assolutamente prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è quella secondo cui il requisito dell’interesse va diversificato rispetto a quello del vantaggio (ASTROLOGO, Brevi note sull’interesse ed il vantaggio nel d.lgs. 231/2001, in *Ind. Pen.*, 2003, 657; CIALDELLA, Il requisito dell’interesse alla commissione del reato presupposto ai fini della responsabilità dell’ente, in *Cass. Pen.*, 2014, 1361; BARTOLI, Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”, in *Soc.*, 2015, 215; BERNARDO, Requisiti oggettivi della responsabilità degli enti dipendente da reato, in *Dir. Prat. Soc.*, 2006, 60).

A supporto di tale conclusione possono in effetti addursi diverse considerazioni. In primo luogo considerare l’espressione normativa in esame come una mera tautologia “mal si concilia con il criterio ermeneutico di conservazione delle norme”. In secondo luogo, non può dimenticarsi come l’art. 12 D.Lgs. n. 231, nel fissare uno dei casi di pagamento della sanzione pecuniaria in maniera ridotta, consideri l’ipotesi in cui l’autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e

l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo, ipotizzando così il verificarsi di una situazione in cui sussistono entrambi i presupposti dell'interesse dell'autore materiale dell'illecito e il vantaggio, sia pur minimo, ricavato dalla persona giuridica in conseguenza della altrui condotta illecita. In terzo luogo, sembra arduo non considerare come sia di ostacolo alla ritenuta equivalenza di significato dei due termini il fatto che nel comma primo dell'art. 5 le parole "interesse" e "vantaggio" siano separate dalla particella disgiuntiva "o", proprio a segnare il loro diverso e non sovrapponibile significato (Cass., sez. un., n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn e altri, in Mass. Uff., n. 261114; Cass., sez. V, n. 10265 del 28/11/2013, Banca Italease S.p.a., in Mass. Uff., n. 258575; Cass., sez. II, n. 3615 del 20/12/2005, D'Azzo, in Mass. Uff., n. 232957).

3. Quanto al significato, diverso, di questi due termini, l'interesse ha un'indole - per così dire - soggettiva, inequivocabilmente riferita alla sfera volitiva del soggetto persona fisica che agisce, per cui la presenza o meno di tale requisito è suscettibile di valutazione *ex ante*, potendosene sostenere la sussistenza nella misura in cui la persona fisica non abbia agito in contrasto con gli interessi della società. Di contro, la caratterizzazione del vantaggio è prettamente oggettiva e opera *ex post*, per cui la responsabilità della persona giuridica può sussistere anche laddove il soggetto abbia agito prescindendo da ogni considerazione circa le conseguenze che in capo all'ente collettivo sarebbero derivate dalla sua condotta e sempre che fra le conseguenze del reato possa annoverarsi anche il maturare di un beneficio economico a favore dell'organizzazione collettiva.

In sostanza, mentre il giudizio circa il fatto che il reato sia stato commesso per il perseguimento di un interesse societario richiede una valutazione in ordine al contenuto e all'atteggiamento della sfera volitiva del soggetto che pone in essere la condotta, l'accertamento in ordine ai vantaggi tratti dalla persona giuridica a seguito dell'accaduto presenta invece una caratterizzazione oggettiva, nel senso che quand'anche la persona fisica abbia agito nel suo esclusivo interesse, se da tale condotta delittuosa è derivato comunque un beneficio patrimoniale in capo alla società tale circostanza è sufficiente - unitamente ad altri profili richiamati dal D.Lgs. n.231 - per poterne affermare la responsabilità. Come è stato sostenuto in giurisprudenza, si deve <<distinguere un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la

commissione del reato, seppure non prospettato "ex ante", sicché l'interesse e il vantaggio sono in concorso reale>> (Cass., sez. II, n. 3615 del 20/12/2005, D'Azzo, in Mass. Uff., n. 232957).

4. Nella decisione in commento, la Cassazione ha ribadito i concetti da ultimo espressi, ma ha formulato alcune considerazioni – opinabili, come vedremo – in ordine alla nozione di interesse.

Dopo aver ribadito che interesse e vantaggio sono due concetti differenti, la Corte definisce il vantaggio come la "potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto", valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito. Sulla base di tale ricostruzione la sentenza impugnata viene confermata, giacché il reato commesso dall'imputato, amministratore unico e legale rappresentante della società accusata, fu realizzato senz'altro a vantaggio di quest'ultima, avendo tale persona giuridica ottenuto ingenti e indebiti finanziamenti agevolati, consolidando così la propria posizione sul mercato di riferimento, mediante l'ingente iniezione di liquidità ottenuta grazie alla condotta illecita posta in essere da un suo organo apicale, e incrementò illecitamente le proprie disponibilità finanziarie, sfruttando un indebito vantaggio concorrenziale, mediante l'ottenimento di ingenti contributi agevolati per investimenti, giustificati solo nella misura in cui ad essi si fosse accompagnato un contestuale esborso di denaro da parte della società finanziata. Secondo i giudici di legittimità quindi la Corte territoriale avrebbe correttamente dimostrato che il soggetto, ricoprente all'interno della società posizioni apicali, ha commesso il reato presupposto a vantaggio (inteso come potenziale ed effettiva utilità anche di carattere non patrimoniale ed accertabile in modo oggettivo) dell'ente, con la conseguenza che non essendo stato neppure dedotto che l'ente avesse adottato un idoneo modello di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati, l'affermazione di responsabilità dell'ente non presta il fianco ad alcuna censura

Tuttavia, secondo la Cassazione, nel caso di specie potrebbe affermarsi che il reato è stato commesso, non solo – come appare indiscutibile – a vantaggio dell'ente, ma anche nell'interesse (inteso come proiezione finalistica dell'azione) di questi. Secondo i giudici di legittimità infatti gradualmente la giurisprudenza si sarebbe avviata verso una concezione oggettiva non solo del vantaggio ma anche dell'interesse, giacché in diverse pronunce si è affermato che "ai fini della configurabilità della

responsabilità dell'ente, è sufficiente che venga provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato ex ante alla consumazione dell'illecito e purché non sia, ..., contestualmente stato accertato che quest'ultimo sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi. Appare, dunque, corretto attribuire alla nozione di interesse accolta nel primo comma dell'art. 5 una dimensione non propriamente od esclusivamente soggettiva, che determinerebbe una deriva psicologica nell'accertamento della fattispecie, che invero non trova effettiva giustificazione nel dato normativo. È infatti evidente come la legge non richieda necessariamente che l'autore del reato abbia voluto perseguire l'interesse dell'ente perché sia configurabile la responsabilità di quest'ultimo, né è richiesto che lo stesso sia stato anche solo consapevole di realizzare tale interesse attraverso la propria condotta. Per converso, la stessa previsione contenuta nell'art. 8 lett. a) del decreto - per cui la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato o non è imputabile - e l'introduzione negli ultimi anni di ipotesi di responsabilità dell'ente per reati di natura colposa, sembrano negare una prospettiva di tal genere". In quest'ottica, secondo la Suprema Corte, "l'interesse dell'autore del reato può coincidere con quello dell'ente (rectius: la volontà dell'agente può essere quella di conseguire l'interesse dell'ente), ma la responsabilità dello stesso sussiste anche quando, perseguendo il proprio autonomo interesse, l'agente obiettivamente realizza (rectius: la sua condotta illecita appaia ex ante in grado di realizzare, giacché rimane irrilevante che lo stesso effettivamente venga conseguito) anche quello dell'ente (POTETTI, Interesse e vantaggio nella responsabilità degli enti, in Cass. Pen., 2013, 2032).

In definitiva, perché possa ascrivere all'ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell'autore di quest'ultimo tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l'interesse del medesimo (Cass., sez. V, n. 40380 del 26 aprile 2012, Sensi, in Mass. Uff., n. 253355). Sulla scorta di queste indicazioni, si può dunque ritenere che la nozione dell'interesse esclusivo dell'agente che ha commesso il reato presupposto va individuata nei fatti illeciti posti in essere nel loro interesse esclusivo, per un fine personalissimo o di terzi e quindi con condotte estranee alla politica di impresa", mentre le condotte dell'agente, poste in essere nell'interesse dell'ente, sono quelle che rientrano nella politica societaria ossia tutte quelle condotte che trovano una spiegazione ed una causa nella vita societaria.

NORME E ATTI

di **Camilla Levis, Redazione Rivista 231**

Le novità normative dell'anno 2017

Nel corso del 2017 sono stati emanati i seguenti provvedimenti legislativi che hanno interessato la disciplina del D.Lgs. 231/2001

il decreto legislativo 15.3.2017 n. 38 (*Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*), che ha previsto 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;

la legge 17.10.2017 n. 161 (*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al D.Lgs. 6.9.2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*), che ha introdotto sanzioni pecuniarie e interdittive in relazione alla commissione dei delitti di procurato ingresso illecito e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'articolo 12 del D.Lgs. 286/1998, che entrano a far parte del catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti;

la legge n. 20.11.2017 n. 167 (*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017*), che ha inserito l'articolo 25-terdecies nel D.Lgs. 231/2001 rubricato "razzismo e xenofobia";

la legge 30.11.2017 n. 179 (*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*), che ha esteso al settore privato, attraverso modifiche al D.Lgs. 231/2001, la tutela del dipendente o collaboratore che segnali illeciti (o violazioni relative al modello di organizzazione e gestione dell'ente) di cui sia venuto a conoscenza per ragioni del suo ufficio.

ORGANISMO DI VIGILANZA

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

La circolare n.1/2018 della Guardia di Finanza sul contrasto all'evasione fiscale

Con la Circolare n.1/2018 – fortemente voluta dal Comandante Generale della Guardia di Finanza Generale di Corpo d'Armata Giorgio Toschi – sono state aggiornate le direttive operative relative all'esecuzione delle verifiche, dei controlli fiscali e delle indagini di polizia economico-finanziaria finalizzate al contrasto dell'evasione, dell'elusione e delle frodi fiscali.

Nella presentazione del provvedimento vengono ripercorse le fasi di redazione; in particolare il Comandante Generale rileva che *“il Manuale ... prende le mosse dalle migliori esperienze e professionalità maturate in questo rinnovato scenario dai Reparti del Corpo nelle investigazioni contro le organizzazioni dedite alle false fatturazioni, le società fantasma o di comodo utilizzate per evadere le imposte, i fenomeni di illecito trasferimento e occultamento di patrimoni e disponibilità finanziarie all'estero, le manovre di pianificazione fiscale aggressiva, il riciclaggio e l'auto-riciclaggio di proventi dell'evasione, ma anche nella quotidiana azione di controllo economico del territorio, volta a contrastare il sommerso e la diffusione di illeciti di minore complessità ma comunque lesivi degli obblighi contributivi costituzionalmente tutelati... Muovendo da questo patrimonio di competenze e capacità, un Gruppo di Lavoro che ho appositamente istituito – composto da ufficiali e ispettori del Comando Generale e dei Reparti in possesso di pluriennale esperienza nel settore – ha operato per più di un anno allo scopo di mettere in condizione tutto il personale della Guardia di Finanza – unica Forza di polizia economico finanziaria di cui il nostro Paese dispone e che è al contempo polizia giudiziaria a competenza generale – di utilizzare al meglio tanto gli strumenti investigativi del codice di procedura penale, quanto le più avanzate tecniche di analisi di rischio con le banche dati, esame delle voci di bilancio e ricostruzione dei flussi finanziari, così come i più efficaci metodi di ricerca e quantificazione delle ricchezze nascoste al fisco... I risultati di questa impegnativa attività sono stati sottoposti dapprima alle valutazioni dell'Agenzia dell'Entrate, che ha fornito preziosissime indicazioni prontamente trasfuse nel documento”.*

Appare evidente l'importanza del lavoro, che consegna rilevanti suggerimenti non solo all'Amministrazione, ma anche ai soggetti interessati al controllo in ambito 231/2001 (in primis gli Organismi di Vigilanza) ai fini dell'implementazione del sistema di prevenzione penale finalizzato a ridurre i rischi di commissione di reati; ulteriormente è di interesse per il tema della gestione del rischio fiscale.

Il Manuale si suddivide in quattro tomi che, rispettivamente, affrontano i seguenti temi:

- TOMO I: l'azione della Guardia di Finanza a contrasto dell'evasione e delle frodi fiscali. Direttive generali e moduli operativi; l'attività di polizia giudiziaria a contrasto dell'evasione e delle frodi fiscali;
- TOMO II: l'esecuzione delle verifiche e dei controlli; valorizzazione delle informazioni acquisite nell'ambito delle attività investigative, di vigilanza e di controllo dei flussi finanziari;
- TOMO III: principali metodologie di controllo;
- TOMO IV: modulistica e documentazione di supporto.

I temi esaminati sono numerosi, tutti di grande interesse: dall'elusione fiscale all'abuso del diritto; dalla frode fiscale all'analisi del sistema penale tributario; dal rapporto tra reati fiscali e altri reati a sfondo economico-finanziario all'esecuzione della verifica; etc.

Accanto a tali aspetti ve ne sono alcuni più specificatamente legati alla sfera "231/2001": ad esempio, quando si fa riferimento a sodalizi criminali finalizzati alla frode fiscale e all'associazione per delinquere ai sensi dell'art. 416 c.p., si specifica che *"come sarà meglio evidenziato nel successivo paragrafo 7, la normativa in tema di responsabilità amministrativa degli enti, ex D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, non contempla le fattispecie penal-tributarie nel catalogo dei relativi reati presupposto. Di contro, la L. 15 luglio 2009, n. 94, ha inserito l'associazione per delinquere tra i reati di cui alla Sezione III del citato decreto legislativo, così consentendo l'applicazione della relativa disciplina. Ne deriva che, ove tale fattispecie sia commessa da persone che rivestano funzioni (apicali) di rappresentanza, amministrazione o direzione, anche di fatto, dell'ente o da soggetti loro "subordinati", nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, e ricorrono le ulteriori condizioni previste dallo stesso articolato normativo (artt. 6 e 7), potrà essere chiamato a risponderne anche il soggetto*

giuridico, con le possibili e importanti conseguenze sanzionatorie e ablativo specificate nel citato paragrafo 7”.

Altresì il provvedimento specifica che “nel novero dei reati presupposto per l’applicabilità della responsabilità degli enti non figurano, allo stato, i delitti tributari.

Considerati i notevoli effetti derivanti dell’applicazione della normativa in trattazione, nel prosieguo saranno vagliate, quali fattispecie delittuose enumerate tra i reati presupposto della disciplina in rassegna, le ipotesi di (auto)riciclaggio, di associazione per delinquere, anche a carattere transnazionale, e di false comunicazioni sociali, che possono concorrere con gli illeciti penal-tributari ovvero avere questi ultimi quali reati fine o presupposto”

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

Delibera ANAC 1134/2017 e Legge 179/2017: Modello 231 superprotagonista

Nel mese di dicembre 2017, sono stati ufficializzati due provvedimenti che vedono il Modello di organizzazione e gestione previsto dal D.Lgs. 231/2001 superprotagonista. La Gazzetta Ufficiale del 5.12.2017 ha pubblicato l'avviso della definitiva approvazione della Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) n. 1134 dell'8 novembre 2017 recante: *"Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici"*. L'entrata in vigore delle Linee guida decorre dalla suddetta data di pubblicazione dell'avviso nella Gazzetta Ufficiale.

La Gazzetta Ufficiale del 14.12.2017 ha pubblicato la legge 30 novembre 2017, n. 179: *"Disposizioni per la tutela degli autori delle segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato"*. La legge è entrata in vigore il 30 dicembre 2017. Entrambi i provvedimenti assegnano al Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 un ruolo di prima linea. Anzi, questo ruolo li accomuna poiché entrambi considerano il Modello lo strumento per l'applicazione delle disposizioni che recano. Disposizioni, tra l'altro, che creano intrecci normativi tra loro che necessiteranno di opportuni approfondimenti.

La delibera dell'ANAC ridisegna, per gli enti considerati, il quadro normativo per la prevenzione della corruzione e sulla trasparenza seguito all'intervento modificativo e integrativo del D.Lgs. 97/2016 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge n. 190/2012 e del D.Lgs. 33/2013, ai sensi dell'art. 7 della legge 124/2015 in materia di

riorganizzazione della amministrazioni pubbliche) e all'entrata in vigore del D.Lgs. 175/2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*). Ne risulta – considerando escluse dall'applicazione delle norme anticorruzione le società quotate – la seguente ripartizione dei soggetti tenuti ad applicare le dette norme (già, peraltro, contemplata nella Determinazione ANAC n. 8/2015):

- società in controllo pubblico;
- altri enti di diritto privato in controllo pubblico;
- società a partecipazione pubblica non in controllo;
- associazioni, fondazioni e altri enti privati;
- enti pubblici economici.

Per ciascuna di queste categorie di soggetti l'ANAC puntualizza, sulla scorta del quadro normativo tratteggiato, come vadano applicate le norme in materia di lotta alla corruzione e sulla trasparenza e quali sono gli obblighi cui i soggetti stessi sono tenuti.

In particolare la delibera 1134/2017, richiamando il Modello di organizzazione e gestione previsto dal decreto 231, relativamente alle suddette categorie di enti precisa quanto segue.

Le società in controllo pubblico – in una logica di coordinamento delle misure e di semplificazione degli adempimenti – *“integrano, ove adottato, il modello 231 con misure idonee a prevenire anche i fenomeni di corruzione e di illegalità in coerenza con le finalità della legge n. 190 del 2012”*. Osserva tuttavia che, per questi soggetti, il D.Lgs. 97/2016 ha reso obbligatoria l'adozione delle misure integrative del Modello 231, ma non ha reso obbligatoria l'adozione del Modello medesimo. Tale adozione è però, fortemente, raccomandata. In ogni caso l'ANAC, in sede di vigilanza, ne verificherà l'adozione ovvero, qualora l'adozione non sussista, accerterà se sia stato assunto un provvedimento che contenga misure anticorruzione e, contestualmente, motivi tale mancata adozione. Per le società in controllo pubblico, fornisce, altresì, elementi utili per l'integrazione del Modello 231 nel senso previsto dal D.Lgs. 97/2016.

Gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico sono tenuti ad applicare la normativa sulla prevenzione della corruzione secondo le indicazioni date per le società in controllo pubblico.

Le società a partecipazione pubblica non in controllo non risultano comprese tra i soggetti cui si applica direttamente la disciplina in tema di

prevenzione della corruzione. Tuttavia, devono essere le pubbliche amministrazioni partecipanti a promuovere l'applicazione del Modello 231, opportunamente integrato come per le società in controllo pubblico. Analoghe iniziative devono essere assunte dalle amministrazioni che affidano ad associazioni e fondazioni lo svolgimento di attività di interesse pubblico, ovvero che vigilano sul relativo svolgimento.

Gli enti pubblici economici, ove non abbiano già applicato le norme del decreto 231 dotandosi del Modello previsto da esso, sono tenuti ad adottare un documento unitario contenente le misure anticorruzione proprie del Modello 231, integrate come per le società in controllo pubblico

La delibera dell'ANAC chiude fissando al 31 gennaio 2018 il termine per gli adempimenti indicati e precisando che, a decorrere dalla stessa data, l'Autorità eserciterà i propri poteri di vigilanza nei confronti sia degli enti, sia delle amministrazioni pubbliche controllanti, partecipanti o vigilanti.

La legge 179/2017, disciplinando le tutele per gli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro (soggetti ormai noti con il termine "whistleblowers"), cala queste tutele: per i dipendenti dell'area pubblica nel D.Lgs. 165/2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), e per quelli del settore privato nel Modello ex decreto 231. L'art. 2 della legge dispone infatti che, all'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001, dopo il comma 2, siano inseriti altri tre commi per prevedere nel Modello:

- comma 2-bis: a) uno o più canali che consentano ai soggetti che rivestono, anche di fatto, funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa autonoma ovvero alle persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno di questi soggetti (art. 5, co. 1, lett. a e b, D.Lgs. 231/2001), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. I canali devono garantire la riservatezza dell'identità del segnalante; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante; d) nel sistema disciplinare adottato nel Modello, sanzioni nei confronti

- di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa segnalazioni che si rivelano infondate;
- comma 2-ter: che l'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei segnalanti possa essere denunciata all'Ispettorato del lavoro, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo;
 - comma 2-quater: che il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del segnalante sia nullo. E che sia, altresì, nulla ogni altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei suoi confronti.

La stessa legge 179/2017 stabilisce però al comma 2 dell'articolo 1 – articolo che disciplina le tutele per il dipendente pubblico *whistleblower* – che, ai fini di quanto disposto da questa norma, per dipendente pubblico s'intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche e anche "il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. La disciplina (in materia di tutele del *whistleblower*) si applica anche ai lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica".

Anche una rapida lettura della norma fa cogliere, immediatamente, un collegamento tra i soggetti contemplati dalla delibera dell'ANAC 1134/2017 e quelli indicati nella legge 179/2017. Tralasciando ogni approfondimento sull'assimilazione creata da questa legge tra dipendenti pubblici e dipendenti di società private quand'anche in controllo pubblico – approfondimenti che potrebbero indurre a estensioni anche di altre discipline tra lavoratori pubblici e privati difficilmente giustificabili –, sembrerebbe di dover concludere che le integrazioni al Modello 231 per le società e gli enti in controllo pubblico ai fini dell'applicazione delle norme anticorruzione debbano anche comprendere le forme per le tutele degli autori di segnalazione di illeciti dipendenti dall'ente. Da ottica più ampia, resta poi oscura la collocazione della disposizione conclusiva del comma 2 dell'articolo 1 citato per cui le tutele in tema di *whistleblowing* si applicano anche ai lavoratori e collaboratori delle imprese che forniscono beni e servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica. Sembrerebbe che tali casi debbano semmai ricadere nella previsione dell'articolo 2, nei termini prima esposti.

Senza indugiare in analisi estranee allo scritto e in coerenza con la sua linea, va però osservato che le tutele per i dipendenti di società ed enti in controllo pubblico scatteranno soltanto dopo l'inserimento nei Modelli 231, o nelle integrazioni ad essi, suggerite dall'ANAC per quanto concerne la prevenzione della corruzione. Occorrerebbe quindi che l'ANAC, anche in osservanza a quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 2 della legge 179/2017 per cui: *“L'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni”*, impartisca altre disposizioni che prevedano come i Modelli 231 vadano integrati per rispondere sia alle norme per la prevenzione della corruzione, sia a quelle riguardanti il *whistleblowing*.