

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 6 – giugno 2017

PLENUM

rivista231.it

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE	7
<i>di Ranieri Razzante</i>	
3. NORME ATTI	9
<i>di Andrea Ferrero</i>	
5. PROFILI INTERNAZIONALI	12
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
6. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	15
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

La nuova versione “integrata” del D.Lgs. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro: l’aggiornamento al 2017 curato dall’Ispettorato Nazionale del Lavoro

L’Ispettorato Nazionale del Lavoro ha pubblicato la nuova versione aggiornata del D.Lgs. 81/2008, ovvero il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Una precisazione è d’obbligo sin d’ora: non si tratta di un aggiornamento sul piano normativo, bensì nel senso di approccio “integrato” alla materia della sicurezza del lavoratore.

Il testo appena pubblicato rappresenta l’aggiornamento rispetto alla precedente versione licenziata nell’aprile del 2016 e contiene – oltre al necessario e fondamentale quadro delle norme vigenti – anche le circolari interpretative, i decreti interministeriali di attuazione e ogni fonte integrativa che possa essere di ausilio per l’utente che operi nel settore.

Questo, in sintesi, l’elenco delle principali novità:

- sono state inserite le circolari n. 21 del 7.7.2016, n. 23 del 22.7.2016, n. 28 del 30.8.2016 e n. 11 del 17.5.2017: si tratta di normative tecniche di integrazione per disciplinare specifici aspetti “di settore” (rispettivamente: rinnovo dell’autorizzazione per l’esecuzione di lavori sotto tensione; istruzioni per l’esecuzione di lavori su alberi con funi; modalità tecniche di recupero e soccorso dei lavoratori impossibilitati a muoversi in contesti di lavoro “aerei” sotto tensione; rinnovo quinquennale dell’abilitazione alle verifiche periodiche delle attrezzature di lavoro di cui all’Allegato VII).

Va evidenziato come l’approccio utilizzato per regolamentare il soccorso ed il recupero di lavoratori rimasti in altitudine durante l’esecuzione di lavori sotto tensione ed incapaci di muoversi (ad es. a causa di improvvise vertigini o di malori) sia comprensivo di elementi dal forte impatto pratico: l’utilizzo di figure per la spiegazione di nodi e procedure di imbrago e calata è da valutarsi positivamente anche per quanto concerne la necessaria istruzione dei soggetti tenuti alle operazioni.

Lo scopo è quello di integrare il disposto normativo del T.U. Sicurezza con elementi più pratici ed immediati, tesi a garantire la immediata comprensione (ed attuazione) da parte degli utenti;

- è stato inserito l'Accordo Stato-Regioni del 7.7.2016 finalizzato alla individuazione della durata e dei contenuti minimi dei percorsi formativi per i responsabili e gli addetti dei servizi di prevenzione e protezione, ai sensi dell'articolo 32.

La norma va a disciplinare i requisiti per la formazione dei R.S.P.P., articolando altresì il contenuto minimo dei corsi di specializzazione e aggiornamento (distinti in modulo A, B e C).

Si aggiorna così il precedente Accordo del 2006, con lo scopo di garantire una formazione di maggiore qualità e specificamente dedicata a una responsabilizzazione – grazie alle maggiori competenze – di quanti ricoprono il delicato ruolo di garante della sicurezza dei lavoratori;

- è stato aggiornato il testo normativo del T.U. 81/2008 in seguito all'entrata in vigore del D.Lgs. 1.8.2016, n. 159. Sono in particolare modificati gli artt. 206-212 sulla protezione dei lavoratori sottoposti ai campi elettromagnetici, l'art. 219 relativo alle sanzioni a carico del datore di lavoro e del dirigente (con riferimento alle sopra indicate modifiche) nonché l'Allegato XXXVI (grandezze fisiche ed effetti non termici dei campi elettromagnetici).

È stato invece inserito *ex novo* l'art. 210-*bis*, nel medesimo capo, per regolare gli oneri di informazione e specifica formazione che il datore di lavoro ha nei confronti dei sottoposti che siano impiegati in attività esposte ai campi elettromagnetici;

- è stato inserito il Decreto 25.5.2016, n. 183 contenente il Regolamento recante regole tecniche per la realizzazione e il funzionamento del SINP (Sistema informativo nazionale per la prevenzione). Va precisato che i dati oggetto di raccolta, trattamento e analisi da parte del nuovo sistema sono unicamente quelli contenuti all'Allegato A;
- sono stati inseriti alcuni specifici interpelli presentati su questioni di rilievo, indicati ai nn. 11-19 del 25 ottobre 2016;

- sono stati corretti i box sanzionatori in calce agli artt. 153 (convogliamento del materiale di demolizione) e 155 (demolizione per rovesciamento): le violazioni di queste due norme sono punite dall'art. 159 con l'arresto sino a due mesi o l'ammenda da 548 a 2192 euro.
Sono stati altresì corretti tutti i box sanzionatori degli articoli di cui al Titolo II, relativo ai "luoghi di lavoro": le violazioni di tali norma commesse dal datore di lavoro e ora anche dal dirigente sono punite ai sensi dell'art. 68 con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda a seconda della specifica norma sostanziale trasgredita;
- sono stati corretti alcuni richiami in diversi articoli e aggiunti alcuni "commenti personali" in calce ad altri (artt. 225, 226, 228, 229, 235, 236, 239, 240, 241, 242, 248, 254), con specifico riferimento alle sanzioni a carico del preposto.

Come evidenziato, il documento aggiornato al 2017 va a costituire non solo un semplice testo normativo, bensì una sorta di "manabile pratico" integrato con altre fonti (circolari, interpelli, allegati tecnici) e capace così di dare una visione olistica all'utente.

Le normative tecniche di volta in volta considerate sono spesso associate a box in calce al testo della disciplina, ove sono riportate le sanzioni per la violazione e il richiamo normativo ad esse associato: in tal modo è possibile avere da subito un quadro chiaro e coerente dei profili sanzionatori (spesso costruiti in modo da "rimandare" a un corposo elenco di altri articoli).

L'utilità di un simile corpo normativo, così pensato e strutturato, per quanto concerne la responsabilità dell'ente ai sensi del D.Lgs. 231/2001 è di immediata percezione.

I reati colposi di evento quali omicidio e lesioni personali aggravati dalla violazione di norme antinfortunistiche, esempi di reati-presupposto ai sensi dell'art. 25-*septies* D.Lgs. 231/2001, sono spesso contestati in virtù di puntuali e specifiche violazioni di norme tecniche che il datore di lavoro o gli altri soggetti qualificati avrebbero dovuto rispettare o far rispettare (c.d. colpa specifica).

In questo contesto, pertanto, è l'attenzione alla *compliance* a essere il primo e più efficace antidoto per prevenire i rischi di contestazioni ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

Un approccio integrato a tutto tondo, comprensivo di materiale tecnico e linee-guida o circolari di varia natura (non strettamente cogenti), sembra essere davvero la più utile forma di implementazione della sicurezza negli ambienti lavorativi.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Al via il nuovo decreto antiriciclaggio

Segnalazioni di operazioni sospette prima della stipula di atti negoziali da parte dei professionisti. È una delle novità più importanti del nuovo decreto antiriciclaggio, pubblicato il 20 giugno nella Gazzetta Ufficiale.

Innanzitutto, nel concetto di “operazione” – prima riservato alle sole movimentazioni e trasferimenti di mezzi di pagamento – rientrano oggi anche i negozi giuridici aventi contenuto patrimoniale.

Ciò consente di estendere l'innovazione di cui all'art. 35, comma 1 anche ai liberi professionisti.

Resta fermo l'esonero della SOS nella fase di consulenza propedeutica all'instaurazione di giudizi in ogni e stato e grado dei procedimenti, nonché dopo la loro conclusione.

L'adeguata verifica della clientela dovrà essere effettuata prima del conferimento dell'incarico e, in ogni caso, entro i trenta giorni dal conferimento dello stesso; quest'ultimo termine sarà concesso solo in caso di basso rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

L'esenzione viene estesa, colmando un vuoto interpretativo di grande impatto sull'operatività dei liberi professionisti, anche quando si espletano compiti di difesa giudiziale, fino al momento dell'effettivo conferimento dell'incarico (prima di questa previsione vi erano dubbi sull'esistenza o meno di questa misura nell'attività di difesa).

Nessun obbligo di astensione in capo ai professionisti limitatamente ai casi in cui esaminano la posizione giuridica del loro cliente o espletano compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento innanzi a un'autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentarlo o evitarlo.

Scompare ogni riferimento al registro della clientela, ma vi sono forti dubbi circa l'opportunità di questa scelta.

Ciò perché l'art. 31 prevede specifici e articolati obblighi di conservazione di tutti i documenti e i dati utili a prevenire il riciclaggio, con la richiesta di ricostruire in qualsiasi momento, in maniera univoca, la data del

conferimento dell'incarico, i dati caratteristici dell'adeguata verifica, l'importo e la causale dell'operazione, i mezzi di pagamento utilizzati. Non si vede come questa esigenza possa essere meglio rappresentata, agli occhi della Vigilanza, senza un unico registro e relativi fascicoli di archiviazione documentale.

Anche gli ordini professionali giocheranno un ruolo fondamentale. Infatti, gli organismi di autoregolamentazione dovranno controllare l'osservanza degli obblighi previsti dal decreto da parte dei professionisti iscritti nei propri albi ed elenchi. Sono altresì responsabili della formazione e dell'aggiornamento dei propri iscritti in materia di politiche e strumenti di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Per i profili sanzionatori, merita attenzione la depenalizzazione di una serie di fattispecie, come l'omissione dell'identificazione e dell'adeguata verifica, che diventano comunque rilevanti anche se amministrative. Infatti compare, a fronte di minimi edittali ragionevoli, la loro estensibilità (cumulo materiale) nel caso di violazioni "gravi, ripetute o sistematiche". Ciò introduce un elemento di discrezionalità amministrativa che appare però maggiormente critico, in via interpretativa, rispetto alle formulazioni previgenti.

Nel disciplinare la successione di leggi nel tempo, il legislatore dispone che nessuno può essere sanzionato per un fatto che alla data di entrata in vigore della riforma non costituisce più illecito. Viene altresì sancito il principio dell'irretroattività della norma più sfavorevole. Quindi, per le violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del nuovo decreto, sanzionate in via amministrativa, si applica la legge vigente all'epoca della commessa violazione, se più favorevole, ivi compresa l'applicabilità dell'istituto del pagamento in misura ridotta.

NORME E ATTI

di **Andrea Ferrero**, Redazione Rivista 231

L'autoriciclaggio ripescato dall'Avviso di rettifica

Con il D.Lgs. 25.5.2017, n. 90 (in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 140 del 19.6.2017) il legislatore italiano aveva inteso dare attuazione alla IV Direttiva antiriciclaggio.

Il decreto suddetto riscriveva in maniera significativa la normativa in tema di antiriciclaggio contenuta nel D.Lgs. n. 231 del 2007, ma al contempo introduceva una significativa innovazione in tema di responsabilità da reato delle società e degli enti, giacché escludeva dal novero dei reati presupposto della suddetta responsabilità il reato di autoriciclaggio di cui all'art. 648-ter.1 c.p.

Per rendersi conto della correttezza di tale conclusione, era sufficiente leggere l'art. 5 del D.Lgs. n. 90 del 2017, il quale modificava l'art. 72 del D.Lgs. n.231 del 2007 e nel riformare questa disposizione prevedeva che "nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, dopo l'articolo 25-septies è inserito il seguente:

"Art. 25-octies"

*(Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro,
beni o utilità di provenienza illecita).*

1. In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote".

A prescindere dalla evidente imprecisione nella nuova formulazione dell'art. 72, comma 3 del D.Lgs. n. 231 del 2007 - posto che nel D.Lgs. n. 231 del 2001 l'art. 25-octies era già presente, per cui si sarebbe trattato di una modifica della precedente disposizione e non di un inserimento di un nuovo articolo - la lettura fra la precedente versione dell'art. 25-octies e quella

nuova in vigore evidenziava come fosse scomparso, fra i reati richiamati dal legislatore quale presupposto della responsabilità amministrativa delle società, il delitto di autoriciclaggio, giacché la disposizione codicistica che lo disciplina, ovvero l'art. 648-*ter.1* c.p., non era più richiamato nell'art. 25-*octies* di nuovo conio.

Di più, a ben vedere, si poteva forse sostenere che il reato di autoriciclaggio fosse stato abrogato *tout court*.

Infatti l'art. 5 del D.Lgs. n. 90 del 2017 aveva modificato anche il IV comma dell'art. 72, comma 3 del D.Lgs. n. 231 del 2007, che nella sua nuova versione disponeva che "4. dopo l'articolo 648-*ter* del codice penale è inserito il seguente articolo:

"Art. 648-*quater* (Confisca).";

A leggere questa disposizione, sembrava doversi ritenere che il legislatore, con il citato decreto n. 90 del 2017, fosse intervenuto a ridisegnare (anche) la normativa in tema di riciclaggio e reimpiego di denaro presente nel codice penale, e in tale intervento di riforma avesse stabilito che la disciplina di contrasto al riciclaggio nel codice penale si componesse dei soli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*quater*, con il che l'art. 648-*ter.1* e il relativo diritto di autoriciclaggio ivi presente dovesse ritenersi tacitamente abrogato.

Per porre fine alla situazione di incertezza e disagio venutasi a creare, il legislatore ha ritenuto opportuno emanare un Avviso di rettifica, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 149 del 28.6.2017.

In particolare, l'Avviso di rettifica ha apportato le seguenti modifiche al D.Lgs. 25.5.2017 n. 90:

- all'art. 5, comma 3, nella parte riferita all'articolo 72 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, nella rubrica dell'art. 25-*octies*: dove è scritto «Art. 25-*octies* (Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita)» leggasi: «Art. 25-*octies* (Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio)»;

- nella parte riferita all'articolo 72 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, al comma 1 dell'art. 25-*octies*, dove è scritto: «1. In relazione ai reati

di cui agli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* ...» leggasi «1. In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1*...»;

- all'art. 5, comma 4, nella parte riferita all'articolo 648-*quater* del codice penale, nell'alinea: dove è scritto «4. Dopo l'articolo 648-*ter* ...» leggasi «4. Dopo l'articolo 648-*ter.1*»; ed ancora, nella parte riferita all'articolo 648-*quater* del codice penale, primo comma, al quarto rigo, dove è scritto: «... per uno dei delitti previsti dagli articoli 648-*bis* e 648-*ter* ...» leggasi «... per uno dei delitti previsti dagli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1*...»;

- ed infine, sempre nella parte riferita all'articolo 648-*quater* del codice penale, terzo comma, dove è scritto: «In relazione ai reati di cui agli articoli 648-*bis* e 648-*ter*» leggasi: «In relazione ai reati di cui agli articoli 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter.1*»;

Si può quindi affermare che, grazie all'Avviso di rettifica del 28.6.2017, l'autoriciclaggio è ancora ricompreso nel novero dei reati presupposto della responsabilità da reato degli enti.

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 normativa 231 e i meccanismi di *peer review* nei Fora multilaterali Globali. Incoraggianti giudizi espressi sul sistema normativo adottato dal nostro Paese

OCSE E 231

L'Italia è Paese membro dell'OCSE e ha ratificato la convenzione sulla *Foreign Bribery*. E' altresì membro del *Working Group on Bribery*.

Durante la valutazione di Fase 1, il Gruppo di lavoro anticorruzione dell'OCSE ha concluso che il D.Lgs. 231/2001 è conforme alle richieste della convenzione in materia di anticorruzione, ma la sua applicazione andrebbe monitorata poiché si tratta di un decreto che comprende un certo grado di innovazione.

Durante la Fase 2, il gruppo di lavoro ha deciso poi di monitorare la capacità dell'Italia di avviare realmente azioni legali contro le persone giuridiche in virtù di questa normativa in un certo numero di casi.

Il gruppo di lavoro ha anche preso la decisione di monitorare l'applicazione dell'esonero da responsabilità basato sui modelli organizzativi. Gli esaminatori del gruppo di lavoro dell'OCSE (marzo 2017) si sono dichiarati soddisfatti delle numerose possibilità messe a disposizione dalla normativa italiana per quanto riguarda la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Ciò riflette un approccio pragmatico e flessibile che dovrebbe permettere di coprire una grande varietà di processi decisionali adottati dalle persone giuridiche.

Non è mancato chi ha addirittura testualmente evocato il concetto di *lesson from Italy*, con specifico riferimento al sistema 231.

Il gruppo di lavoro dell'OCSE, ha altresì espresso apprezzamento per l'adozione di un disegno di legge che, una volta in vigore, estenderebbe significativamente i termini di prescrizione.

Si tratta del ddl giustizia approvato al Senato e in discussione in questi giorni alla Camera dei deputati.

UNCAC 2013

Con la legge di autorizzazione 3.8. 2009, n. 116, l'Italia ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC - *United Nations Convention Against Corruption*), adottata dall'Assemblea generale il 31.10. 2003 e firmata dal nostro Stato il 9.12.2009.

La Convenzione elenca le misure volte a prevenire la corruzione, l'istituzione di organi specifici (art.6), l'attuazione di codici di condotta per i funzionari pubblici (art.8) e criteri obiettivi per l'assunzione e la promozione di dipendenti pubblici e per gli appalti pubblici.

La Convenzione promuove la trasparenza e la responsabilità nella gestione delle finanze pubbliche e nel settore privato (art.12), con parametri di contabilità e di verifica contabile più stringenti. Sono previste anche misure per prevenire il riciclaggio di denaro (art. 14) e misure per garantire l'indipendenza del potere giudiziario (art. 11).

Il nostro Paese è stato chiamato ad affrontare il primo ciclo di valutazione nel 2013, superandolo brillantemente; il secondo ciclo di valutazione nel quadro del "Meccanismo di *review*" previsto dalla Convenzione avrà inizio nel giugno del 2017.

L'Italia sarà scrutinata su due temi importanti: l'*Asset Recovery* e la prevenzione. È proprio sulla prevenzione che si muove il D-Lgs. 231, il quale prevede la corruzione come un delitto presupposto.

GRECO 231

Nel quarto giro di valutazione, durante le fasi operative del meccanismo di monitoraggio, il GRECO (Gruppo di Paesi contro la Corruzione nel Consiglio d'Europa) ha espressamente elogiato l'Italia per i provvedimenti adottati in questi ultimi anni per far fronte al fenomeno della corruzione.

Il Greco ha valutato positivamente il ruolo guida e proattivo svolto con determinazione dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Ha sottolineato la necessità di affrontare con decisione la spinosa questione dei conflitti d'interesse

Il GRECO, pur apprezzando la recente adozione da parte della Camera dei Deputati di un Codice di condotta e della disciplina delle attività di *lobbying*, ha invitato ad approfondire il tema.

È stato riesaminato il sistema giudiziario e, visti i casi non infrequenti di prescrizione dei procedimenti contro i delitti di corruzione, è stata ribadita la necessità di migliorarne l'efficacia.

Il GRECO ha inoltre raccomandato di rafforzare gli strumenti di integrità nei ricorsi tributari.

Infine, pur riconoscendo l'indiscussa reputazione, la professionalità e l'impegno dei singoli giudici e pubblici ministeri, il GRECO ha lanciato un monito sugli effetti dannosi che ogni presunta politicizzazione della professione potrebbe avere sull'indipendenza percepita del sistema giudiziario nel suo complesso.

Ad esempio, si dovrebbe porre fine alla possibilità di assumere simultaneamente la carica di magistrato e di membro di un'amministrazione locale, e, più generalmente, la questione delle attività politiche dei magistrati dovrebbe essere affrontata in tutti i suoi aspetti a livello legislativo.

Si può affermare che il recente intervento legislativo sul punto ha risolto in radice ogni questione.

Il GRECO ha notato nel complesso che la lotta contro la corruzione è una questione di cultura e non soltanto di norme; il che comporta un approccio a lungo termine, un'educazione continua in tutti i settori della società e un continuo impegno politico, oltre che un approccio estremamente rigoroso, di tolleranza zero, nei confronti di comportamenti corruttivi.

L'attuazione delle 12 raccomandazioni rivolte all'Italia sarà valutata dal GRECO nella seconda metà del 2018, nell'ambito della sua procedura di conformità.

Il giudizio espresso nei confronti del nostro sistema è assolutamente positivo.

Ne consegue un quadro molto incoraggiante, certamente più positivo rispetto alle errate convinzioni basate sull'indice di percezione delle corruzione e dei meccanismi di monitoraggio, scientificamente labili e poco controllabili.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

di Carlo Manacorda, Presidente del Nucleo di Valutazione dell'Università della Valle d'Aosta, già Docente di Pianificazione, programmazione e controllo delle aziende pubbliche, Università di Torino

Società *in house*: modello societario ibrido anche per il decreto 231

L'imminente pubblicazione del decreto correttivo del D.Lgs. 175/2016: "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" (dopo solo decreto 175) sollecita la rilettura intera del provvedimento. Effettuandola, riemerge la questione delle società *in house* e delle caratteristiche che devono possedere per poter essere utilizzate dalle amministrazioni pubbliche per l'esercizio delle loro attività. In questo quadro, trova anche spazio il problema della loro possibilità di essere dichiarate fallite.

Le norme del decreto 175 – che, per inciso, non hanno subito modificazioni nel suo processo di revisione – prevedono che: "Le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse un controllo analogo [...]" (art. 16 – Società *in house*) e che: "Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita" (art. 14, co. 6 - Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica).

La lettura congiunta delle due norme sembra dunque cancellare, definitivamente, le precedenti ipotesi della non fallibilità delle società *in house* (Corte App. Aquila, sent. n. 304/2015; Trib. Napoli n. 1097/2014), peraltro già contraddette da autorevoli posizioni di contenuto opposto (Cass. Civ., sez. I, n. 3196/2017; id., n. 22209/2013).

Anche le società *in house* – al pari di tutte le altre partecipate della pubblica amministrazione – possono dunque fallire, con conseguente sottoposizione a procedure concorsuali.

L'apparente semplicità di una simile conclusione nasconde, tuttavia, questioni di non facile soluzione dovute alla natura ibrida della società *in house*: per un verso soggetto privato – e, quindi, assoggettato a tutte le regole proprie di questi soggetti, ivi comprese quelle di essere dichiarati falliti –; per un altro verso, entità organicamente inserita in attività che fanno capo all'area pubblica. Vediamo nei particolari.

L'art. 16 del decreto 175 – in analogia di quanto previsto dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 50/2016 – precisa, come detto sopra, che la società *in house* è una società:

- che riceve affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su essa il cosiddetto “controllo analogo”, cioè un controllo simile a quello che effettuano sulle proprie strutture interne;
- che non prevede la partecipazione di capitali privati (ad eccezione di quelli previsti per legge) e che, in ogni caso, tale partecipazione non deve comportare controlli o poteri di veto né un'influenza determinante su essa;
- il cui ottanta per cento del fatturato deriva dallo svolgimento di compiti affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci (cosiddetta “attività prevalente”);
- la cui ulteriore produzione è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso della sua attività principale.

Questi elementi identificativi delle società *in house* – che, tra l'altro, si allineano alla copiosa giurisprudenza comunitaria e nazionale sviluppatasi sull'argomento –, confermano la natura speciale della società *in house*.

E' infatti di tutta evidenza che essa si colloca al di fuori di tutti gli schemi propri del modello societario. Questo fatto determina non marginali complicazioni. Tra esse, quelle che possono derivare dalla dichiarazione di fallimento di una società *in house*, ormai prevista da norme positive.

Come s'è detto, la società *in house* è una struttura che lavora, prevalentemente, per la pubblica o le pubbliche amministrazioni che la controllano. Secondo le ormai consolidate interpretazioni della dottrina e delle giurisprudenza, il controllo dovrebbe poi essere così penetrante e incisivo da non consentirle spazi di discrezionalità. E', infatti, equiparabile a quello che l'amministrazione controllante effettua nei confronti di una propria struttura interna (controllo analogo).

Le stesse amministrazioni controllanti devono valutare se la restante, modesta parte di attività che la società potrebbe svolgere verso terzi avviene alle condizioni stabilite dalla norma (conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza). Se non sussistono queste condizioni, l'attività "libera" non può svilupparsi.

Anche tenendo soltanto presenti queste considerazioni, sembrerebbe di dover giungere a una conclusione quasi obbligata. Se la società *in house* viene a trovarsi in stato di insolvenza – premessa per l'avvio di una procedura esecutiva concorsuale –, la responsabilità di questa situazione dovrebbe farsi risalire all'amministrazione o alle amministrazioni pubbliche controllanti. Ciò poiché: o non hanno esercitato i controlli che avrebbero dovuto eseguire, o – situazione ancora più grave, ma non escludibile – per non aver corrisposto, tempestivamente, alla società quanto dovuto per le prestazioni richiestele, causandole quindi una crisi di liquidità che le ha reso impossibile pagare i crediti dei suoi fornitori. Ai quali ovviamente non resta che chiederne il fallimento.

A questo punto, ci si può chiedere se l'amministrazione pubblica controllante possa considerarsi estranea alla vicenda, cosicché la società *in house* risponde dei debiti non onorati soltanto col proprio patrimonio, ovvero non debba anch'essa essere coinvolta in qualche maniera. Se prevalesse soltanto la prima ipotesi, si giungerebbe all'assurdo che il o i soci che, in qualche maniera, hanno causato il fallimento andrebbero esenti da ogni responsabilità pur essendone la causa, sebbene indiretta.

Alla domanda non dà risposta né il decreto 175 né la giurisprudenza, schierata per la fallibilità delle società *in house*. E' stato però opportunamente osservato (1) che, indipendentemente dalle diverse interpretazioni sulla possibilità o non di fallimento delle società *in house*, verificandosi il caso di incapienza del patrimonio della società per il soddisfacimento dei creditori, non sia escludibile il ricorso alla disposizione dell'art. 2495 cod. civ. I creditori insoddisfatti possono rivalersi sull'ente pubblico controllante "fino alla concorrenza delle somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi".

(1) Cfr. CIARALLI, *Le società in house possono fallire: prime considerazioni della Cassazione sul D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, www.italiappalti

Questa possibilità sembra trovare conforto anche nella giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., Sez. uu, n. 6070/2013) per cui “qualora l’estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda al venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio in virtù del quale l’obbligazione della società non si estingue, ciò che sacrificerebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, pendente societate, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali”.

La natura ibrida della società *in house* non complica soltanto l’applicazione delle norme sul fallimento. Problemi sorgono anche per l’applicazione ad essa di quelle del D.Lgs. 231/2001 (dopo decreto 231). Diamo ormai per scontato che il decreto 231 deve essere applicato anche alle società *in house*. Stanti però i riferiti requisiti del controllo analogo e dell’attività prevalente, è possibile ipotizzare che la commissione di buona parte dei reati presupposto contemplati dal catalogo del decreto 231 possa avvenire nell’interesse o a vantaggio della società durante l’esecuzione di attività affidatele dalla stessa amministrazione controllante? Senza dimenticare che, se la società *in house* svolge attività per conto degli enti esclusi dall’applicazione del decreto 231 (Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici o che svolgono funzioni di rilievo costituzionale: art. 1, co. 3 d. 231), questa stessa attività risulterebbe esente dalla disciplina del decreto 231. Resta la residua parte “libera” dell’attività della società *in house*. Anche in questo caso però il “controllo analogo” dovrebbe ridurre considerevolmente, se non proprio eliminare completamente, il rischio della commissione di reati sempre nell’interesse e a vantaggio della società.

Il “controllo analogo” potrebbe anche escludere l’applicabilità alle società *in house* del decreto 231 laddove si prevede (art. 5, co. 1) che la commissione del reato avvenga da parte di persone appartenenti a unità dotate di autonomia finanziaria e funzionale. Anche l’apparato sanzionatorio stabilito dal decreto 231 – e, segnatamente, per le sanzioni interdittive – appare scarsamente applicabile, se non addirittura inapplicabile, a una società *in house*. Si pensi, ad esempio, alle sanzioni dell’ “interdizione dall’esercizio dell’attività” o del “divieto di contrattare con la pubblica amministrazione” (art. 9, co. 2, lett. a e c): si può ritenere che

siano sanzioni applicabili a una struttura che lavora quasi esclusivamente per pubbliche amministrazioni e su loro richieste? Ne consegue che, in presenza di difficoltà di questo genere, anche la predisposizione del Modello di organizzazione e gestione diventa problematico (2).

Sarebbe auspicabile che, muovendo dalle difficoltà applicative alle società *in house* delle disposizioni in tema di fallimento, si valutassero anche le difficoltà presenti per l'applicazione a questi soggetti di altre discipline, compresa quella del decreto 231. Potrebbe provvedervi, in primo luogo il legislatore. In subordine, l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

(2) Su questi punti, più ampiamente, cfr. MANACORDA, *Società in house: la non fallibilità complica l'applicazione del decreto 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, 2, pag. 187 ss.