

# Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



*n. 5 – maggio 2018*

PLENUM

rivista231.it

<b>1. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE</b>	<b>3</b>
<i>di Ranieri Razzante</i>	
<b>2. GIURISPRUDENZA ANNOTATA</b>	<b>5</b>
<i>di Ciro Santoriello</i>	
<b>3. MISURE CAUTELARI</b>	<b>11</b>
<i>di Michele Bonsegna e Serena Miceli</i>	
<b>4. NORME E ATTI</b>	<b>14</b>
<i>di Camilla Levis</i>	
<b>5. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI</b>	<b>16</b>
<i>di Carlo Manacorda</i>	

## ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

### **La Ragioneria Generale dello Stato lancia un'app per segnalare le infrazioni**

Pronto un canale elettronico per gestire le segnalazioni di infrazioni antiriciclaggio. La Ragioneria Generale dello Stato ha sviluppato l'applicativo SIAR (Segnalazioni Infrazioni Antiriciclaggio) per consentire una migliore gestione delle segnalazioni di infrazioni tra le Ragionerie Territoriali dello Stato e tutti i soggetti obbligati alla comunicazione al Ministero dell'Economia e delle Finanze, ai sensi dell'art. 51, comma 1, del D.lgs. 231 del 2007.

Si tratta quindi di un ulteriore canale di trasmissione delle infrazioni rilevate in materia antiriciclaggio, non obbligatorio, che va ad aggiungersi a quelli già previsti.

Detto articolo sancisce infatti che i soggetti obbligati che nell'esercizio delle proprie funzioni o nell'espletamento della propria attività hanno notizia di infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 49 (limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore) e all'art. 50 (divieto di conti e libretti di risparmio in forma anonima o con intestazione fittizia), ne riferiscono entro trenta giorni al Ministero dell'Economia delle Finanze per la contestazione. Immediata comunicazione delle infrazioni verrà data anche alla Guardia di Finanza la quale, ove ravvisi l'utilizzabilità di elementi ai fini dell'attività di accertamento, ne dà tempestiva comunicazione all'Agenzia delle Entrate. Si ricorda altresì che la medesima comunicazione è dovuta dai componenti del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza, del comitato per il controllo sulla gestione presso i soggetti obbligati, quando riscontrano la violazione delle suddette disposizioni nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo e vigilanza.

In tal senso l'applicativo SIAR permetterà ai segnalatori di inserire le informazioni utili inviandole direttamente alle Ragionerie Territoriali dello Stato competenti, raggiungendo una standardizzazione degli invii delle segnalazioni su tutto il territorio nazionale.

La Ragioneria Generale dello Stato spiega che il nuovo canale elettronico permetterà, innanzitutto, di semplificare le procedure di invio delle segnalazioni. Vi sarà inoltre una immediata ricezione delle segnalazioni da

parte delle Ragionerie Territoriali dello Stato e contemporanea notifica al soggetto segnalatore. Infine, verrà digitalizzato l'intero processo di invio delle segnalazioni di infrazioni, con una maggiore trasparenza in relazione all'avvio del procedimento.

Sarà possibile usufruire dell'applicativo accedendo al sito della Ragioneria Generale dello Stato. Per accedere al servizio i segnalatori dovranno prima presentare una richiesta formale di adesione alla modalità di invio telematico compilando un apposito modulo. Quest'ultimo dovrà essere firmato digitalmente dal richiedente e inviato all'indirizzo pec indicato nello stesso modulo. Al momento dell'accettazione della richiesta da parte dell'Amministrazione, il soggetto richiedente riceverà le credenziali personali per accedere al sistema.

I dati necessari per inviare una segnalazione tramite SIAR sono: destinatario della segnalazione; oggetto della segnalazione, con descrizione sintetica dell'infrazione rilevata; documento principale. Andranno poi allegati copia degli assegni o dei documenti contabili attestanti l'infrazione oggetti di comunicazione.

Sarà comunque implementata una sezione "FAQ" dove verrà proposto un documento scaricabile che presenta una serie di domande frequenti, sia tecniche che amministrative, in modo da facilitare l'utente nell'utilizzo del sistema.

## GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

**Corte cassazione**, sez. V, 13 settembre (dep. 16 aprile 2018), n.16713; ROMIS, *Presidente*, CIAMPI *Estensore*; MARINELLI P.M. (parz. diff.); X S.r.l., imp.

**Responsabilità da reato degli enti collettivi – Infortunio derivato dalla violazione di normative antinfortunistiche – Individuazione dell’interesse o del vantaggio ottenuto dalla società quale conseguenza dell’illecito – Riferimento dell’interesse o vantaggio alla condotta di violazione della normativa antfortunistica – Interesse e vantaggio individuabili nel risparmio di costi o nella maggiore celerità nello svolgimento del processo produttivo (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5)**

*In tema di responsabilità da reato degli enti derivante da reati colposi di evento, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del D.Lgs. n. 231 del 2001 all'interesse o al vantaggio, devono essere riferiti alla condotta e non all'evento (1)*

(1) 1. Sulla scia della ormai consolidata giurisprudenza successiva alla celebre sentenza delle Sezioni Unite n. 38343/2014, relativa al noto caso Thyssenkrupp, la Cassazione, con la sentenza n. 16713/2018 ha ribadito come l'interesse e/o il vantaggio della società nei reati colposi sia da ricondurre al risparmio di spesa derivante dal mancato adeguamento alla normativa antinfortunistica e al risparmio di tempo nello svolgimento dell'attività lavorativa, entrambi volti alla massimizzazione del profitto a ogni costo, anche a discapito della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori (SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Napoli 2006).

Si ricorda che tanto in dottrina che in giurisprudenza si ritiene che il requisito dell'interesse vada 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. In giurisprudenza, nello stesso senso Cass., sez. un., n. 38343 del 24.4.2014, 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).

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*, potendosi 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. 231/2001 - 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 oggettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato "ex ante", sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale* (Cass., sez. II, n.3615 del 20.12.2005, D'Azzo, in Mass. Uff., n. 232957).

La distinzione fra le nozioni di interesse e vantaggio è essenziale quando il reato presupposto ha natura colposa – come, peraltro, verificatosi nel caso di cui alla sentenza in commento.

In proposito, va ricordato che dopo l'introduzione nel corpo normativo del decreto n. 231 – che per la prima volta inseriva nell'ambito dei reati presupposto della società anche gli illeciti colposi e in particolare i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., quando la morte o le lesioni sono conseguenza della violazioni di norme antfortunistiche – si era sostenuta l'incompatibilità fra i criteri di determinazione della responsabilità dell'ente (in particolare la circostanza che il reato debba essere commesso nell'interesse o a vantaggio della società) e l'ipotesi di responsabilità della persona giuridica per i reati di omicidio e lesioni colpose conseguente a violazione della normativa antinfortunistica.

Tale tesi è però stata immediatamente respinta dalla giurisprudenza, dapprima di merito (Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 11 gennaio, in Corr. Merito, 2010, 410; Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it); G.u.p. Trib. Novara, 1 ottobre 2010, e successivamente, con maggiore autorevolezza e in termini definitivi dalla Suprema Corte (Cass., sez. un., 15 settembre 2014, dep. 18 giugno 204, n. 37712, ThyssenKrupp. Per altre decisioni, si vedano Cass., sez., IV, 19 febbraio 2015, n. 18073; Cass., sez. IV, 16 luglio 2015, n. 31003, Italnastri S.p.A.; Cass., sez. V, 21 gennaio 2016, n. 2544; Cass., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 31210).

In particolare, secondo la Cassazione la sussistenza dell'interesse dell'ente si deve accertare in relazione alla condotta colposa e non all'evento verificatosi, per cui l'interesse può essere correlato anche ai reati colposi d'evento, rapportando i due criteri indicati dal citato art.5 non all'evento delittuoso, bensì alla condotta violativa di regole cautelari che ha reso possibile la consumazione del delitto, mentre l'evento andrebbe ascritto all'ente per il fatto stesso di derivare dalla violazione di regole cautelari: come detto in una decisione di merito, *non c'è dubbio che solo la violazione delle regole cautelari poste a tutela della salute del lavoratore può essere commessa nell'interesse o a vantaggio dell'ente – allo scopo di ottenere un risparmio dei costi di gestione – e che l'evento lesivo in sé considerato [è] semmai controproducente per l'ente, con la conseguenza che il collegamento finalistico che fonda la responsabilità dell'ente [...] non deve necessariamente coinvolgere anche l'evento, quale elemento costitutivo del reato, giacché l'essenza del reato colposo è proprio il risultato non voluto* (giudice dell'udienza preliminare di Novara, citata).



A questa conclusione non può obiettarsi che – in questa prospettiva - gli eventi della morte o delle lesioni finirebbero con l'essere imputati automaticamente e oggettivamente all'ente tutte le volte in cui si accerti un suo interesse o vantaggio in relazione alla condotta imprudente della persona fisica che li ha causalmente determinati.

In proposito, si è già sopra evidenziato come non sia sufficiente a radicare la responsabilità dell'ente collettivo la circostanza che lo stesso abbia ottenuto un vantaggio o perseguito un suo interesse a seguito della (o mediante la) commissione di uno dei fatti di reato di cui agli artt. 25 ss. D.Lgs. n. 231 del 2001, dovendosi anche rinvenire una colpevolezza dell'ente medesimo – la cosiddetta colpa di organizzazione -, da individuare nell'incapacità della persona giuridica di darsi una organizzazione e di fornirsi degli strumenti necessari a evitare che nell'ambito della propria attività imprenditoriale vengano poste in essere determinate tipologie di illeciti.

Proprio il necessario ricorrere di questo *deficit* organizzativo in capo alla persona giuridica – quale presupposto necessario per la sua dichiarazione di responsabilità – consente di comprendere come sia possibile sostenere che la condotta criminosa del singolo amministratore, pur connotata da colpa e negligenza, possa dirsi comunque essere stata assunta nell'interesse dell'ente collettivo di appartenenza: infatti, pur non avendo l'ente interesse né alla lesione del lavoratore né alla violazione della regola cautelare il concreto esame della vicenda potrà comunque far emergere prospettive puntuali, di regola collegate all'organizzazione e/o all'andamento della produzione – ad esempio, un risparmio mediante il taglio dei costi connessi alla sicurezza o un maggior livello produttivo – delle quali si può dire che manifestino l'interesse della compagine organizzata a non evitare il reato.

Quanto poi alla possibilità di rinvenire in capo all'ente un profitto economico maturato e derivante dalla commissione di un reato colposo, secondo la giurisprudenza il "profitto del reato" è qualsiasi "vantaggio economico" che costituisca un "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale" che abbia una "diretta derivazione causale" dalla commissione dell'illecito (Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Chabni, in Mass. Uff., n. 205707; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Focarelli, in Mass. Uff., n. 228166; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, in Mass. Uff., n. 232164). Tale impostazione però non comporta che tale beneficio debba essere individuato nell'utile che il reo trae dalla sua condotta delittuosa né tanto meno che debba tradursi in un accrescimento materiale del suo patrimonio – insomma non è necessario che in conseguenza del



reato il responsabile dello stesso acquisisca la disponibilità di beni o somme di denaro, ulteriori rispetto a quello di cui era già in possesso -, giacché il profitto del crimine è nozione comprensiva anche di qualsivoglia utilità che il criminale realizza come effetto anche mediato e indiretto della sua attività criminosa (Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, Miragliotta, in Mass. Uff., n. 238700).

Sulla scorta di queste riflessioni diventa agevole riconoscere che nulla preclude la possibilità di rinvenire un profitto anche in presenza di reati colposi, e in specie laddove la condotta colposa si concreti nella violazione della normativa sulla sicurezza sui luoghi di lavoro.

In tale ipotesi, infatti, il profitto può individuarsi, quanto meno, nel risparmio di spesa inerente l'ammodernamento e la messa a norma degli impianti e più in generale la mancata adozione delle doverose misure di sicurezza e prevenzione degli infortuni e malattie professionali – dovendosi poi considerare, accanto a tale profilo, anche il beneficio pervenuto in capo alla società dalla prosecuzione dell'attività funzionale alla strategia aziendale ma non conforme ai canoni di sicurezza: la nozione di profitto assume significati diversi in relazione ai differenti contesti normativi in cui è il termine è richiamato ed in presenza di reati colposi di evento, posto che la responsabilità del reato è attribuita all'ente in quanto la condotta violativa delle regole cautelari è stata assunta nel suo interesse, l'idea di profitto si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto.

Nel confermare la responsabilità della società in relazione al decesso del lavoratore, la Cassazione richiama la giurisprudenza sopra esaminata in tema di compatibilità logica tra la non volontà dell'evento (tipica delle fattispecie colpose) e il finalismo che sottende l'idea di perseguimento di un interesse o di un vantaggio, ribadendo che i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, devono essere riferiti alla condotta e non all'evento anti-giuridico che questa determina – non presentando di conseguenza nessuna incoerenza l'affermazione secondo cui una condotta violativa di una norma cautelare risulta essere stata adottata per realizzare un interesse o un vantaggio dell'ente, pur prevedendo che da essa possa scaturire un evento lesivo che però non si intende cagionare.

In quest'ottica, e riferendo le suddette affermazioni ai reati di omicidio e lesioni colpose conseguente alla violazione di normative antinfortunistiche, risulta comprensibile – secondo la Cassazione – che l'interesse o vantaggio perseguito dall'ente con la mancata adozione delle necessarie misure di sicurezza possa individuarsi nel risparmio di risorse economiche conseguente all'omessa predisposizione di tali misure antinfortunistiche. È innegabile, infatti, che l'ente realizzi un risparmio di spesa se non investe nelle misure precauzionali che avrebbe dovuto adottare per prevenire l'incidente poi verificatosi, così come realizza un risparmio di tempo, conseguente alla velocizzazione dell'attività lavorativa che altrimenti sarebbe stata rallentata dalla necessità di osservare attentamente tutte le regole di cautela: in tali casi, se non si verifica nessun incidente allora la vicenda porterà ad una completa soddisfazione dell'azienda la quale avrà ottenuto un effettivo vantaggio, rappresentato dai suddetti risparmi di spesa o di tempo nell'esecuzione dei lavori, mentre quando alle carenze organizzative ed antinfortunistiche seguirà il verificarsi di un sinistro ciò non farà venire meno l'interesse per lo stesso che l'agente si era configurato in termini di massimizzazione del profitto a discapito dei costi da sostenere per un'adeguata sicurezza dei lavoratori. (SANTORIELLO, Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società, in Riv. Resp. Amm. Enti, 2008, 1, 161; ID., I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo, 2008, 3, 49).

## MISURE CAUTELARI

di Michele Bonsegna e Serena Miceli, avvocati penalisti

### **Organismo di Vigilanza e amministratore giudiziario: chi custodirà i custodi?**

Il 22 maggio 2018, la Corte di Cassazione ha depositato le motivazioni dell'ordinanza n. 22843, che consente una riflessione circa i rapporti fra l'Organismo di Vigilanza e l'amministratore giudiziario dei beni sottoposti a vincolo cautelare.

È naturale che, dinanzi a una contestazione di illecito amministrativo ex D.Lgs. 231/01, l'ente avrà tutto l'interesse a dotarsi – se non lo ha già – di un modello organizzativo, con l'evidente finalità di ottenere i benefici previsti dal decreto stesso.

Non potrà, allora, mancare la figura dell'Organismo di Vigilanza, che ha un ruolo imprescindibile per il corretto funzionamento del modello.

Cosa succede, tuttavia, se i beni della società sono sottoposti a sequestro? Come viene retribuito l'Organismo di Vigilanza, monocratico o collegiale che sia?

Non sfugga, a tal proposito, che la retribuzione dell'Organismo di Vigilanza è garanzia della sua indipendenza: se fosse un ruolo svolto a titolo gratuito ben potrebbe essere influenzabile dal vertice societario, sicché la sua nomina e la sua funzione sarebbero vane.

Il fatto che, invece, sia un rapporto a titolo oneroso vale a escludere ogni indebita influenza da parte della società, rispetto alla quale egli deve necessariamente essere terzo, poiché è custode del corretto funzionamento del modello.

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte, la società è imputata per l'illecito amministrativo di cui agli artt. 5, comma 1, lett. a), 6 e 24, comma 2, D.Lgs. 231/2001 e ha subito, dapprima, la misura interdittiva dell'esclusione da finanziamenti, agevolazioni, contributi o sussidi, con revoca di quelli già concessi e, successivamente, la sottoposizione a sequestro preventivo non solo dei propri beni ma anche di una somma considerevole, finalizzata alla confisca per equivalente.

Nelle more del procedimento, proprio alla luce delle vicissitudini processuali, la società ha deciso di predisporre e approvare un modello organizzativo e

gestionale e di nominare un Organismo di Vigilanza ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, nell'ottica di prevenire la commissione di nuovi reati nell'interesse e a vantaggio della società.

Tuttavia, pur persistendo le buone intenzioni della società, la mancanza di liquidità dovuta alle misure cautelari, rende impossibile la corretta retribuzione dell'Organismo di Vigilanza.

Quest'ultimo propone dunque istanza al Tribunale procedente, affinché svincoli una parte delle somme assoggettate a sequestro per poter ottenere soddisfazione delle proprie pretese creditorie e continuare la propria attività di vigilanza in piena autonomia. Il Tribunale sostiene che non sia possibile svincolare le somme sottoposte a sequestro e che l'Organismo di Vigilanza avrebbe, semmai, dovuto rivalersi unicamente sulle somme esorbitanti rispetto al vincolo o all'esito del procedimento.

Non solo: considera che la sua funzione sia superflua poiché i beni sequestrati sono stati sottoposti ad amministrazione giudiziaria.

Sostanzialmente, il giudice procedente ritiene la figura dell'amministratore giudiziario e quella dell'Organismo di Vigilanza come perfettamente sovrapponibili, sicché una escluderebbe la valenza dell'altra.

L'Organismo di Vigilanza propone, dunque, ricorso per Cassazione argomentando come le due figure debbano essere tenute distinte a causa dei ruoli profondamente diversi.

La Corte di Cassazione, tuttavia, non si esprime sul punto perché ritiene assorbente un'altra questione: il ricorso va convertito in opposizione.

Secondo il giudice di legittimità, la richiesta avanzata dall'Organismo di Vigilanza *“si inquadra in quelle attività di natura privatistica concernenti le vicende e la gestione dei beni sequestrati sottoposti ad amministrazione ex art. 104-bis disp. att. cod. proc. pen.”*

Poiché la norma stessa richiama le disposizioni di cui al libro I, titolo III, del codice di cui al D.Lgs. 159/2011, la Suprema Corte offre la risposta contenuta nell'art. 35 del citato decreto.

Essa dispone che spetti all'amministratore giudiziario il compito di sostenere le spese utili alla conservazione e al mantenimento dei beni, *“mediante prelevamento delle somme riscosse a qualunque titolo ovvero sequestrate, confiscate o comunque nella disponibilità del procedimento”*.

A questo punto la sentenza richiama un'altra norma del cosiddetto codice antimafia: l'art. 40, che prevede la possibilità per gli interessati di proporre reclamo al giudice delegato avverso gli atti dell'amministratore giudiziario che si ritengono posti in violazione della disciplina del decreto.

La Corte precisa, poi, che i provvedimenti in materia di misure di prevenzione non sono autonomamente impugnabili, a causa della tassatività di cui all'art. 568 c.p.p.

Tuttavia ne è consentita l'opposizione nelle forme dell'incidente di esecuzione. Ebbene, il medesimo discorso valga anche per il sequestro preventivo. Secondo la sentenza, i provvedimenti del giudice delegato in ordine ai poteri e all'operato dell'amministratore giudiziario non riguardano la misura cautelare in sé, quanto le modalità esecutive della stessa.

*Rebus sic stantibus*, non sono impugnabili davanti al giudice dell'appello cautelare, ma davanti al giudice dell'esecuzione, ex art. 666, comma 4, c.p.p.!

Il ricorso proposto dall'Organismo di Vigilanza viene, dunque, qualificato come impugnazione di un provvedimento attinente la gestione dei beni sottoposti a sequestro e quindi viene convertito in opposizione.

L'ordinanza non scioglie il nodo circa i rapporti fra Organismo di Vigilanza e amministratore giudiziario, ma certamente chiarisce un punto: è proprio all'amministratore giudiziario che l'Organismo di Vigilanza deve rivolgersi per ottenere soddisfazione delle proprie pretese creditorie nei confronti della società, se i beni di quest'ultima sono sottoposti a vincolo cautelare. L'amministratore potrà ricorrere alle risorse sottoposte a sequestro. Implicitamente, la Cassazione ha dunque lasciato intendere che le due figure non sono sovrabbondanti l'una rispetto all'altra, ma anzi devono collaborare come custodi della legalità societaria.

## NORME E ATTI

di Camilla Levis, Redazione Rivista 231

### **Linee Guida A.N.A.C. recanti “Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità”**

L’articolo 83, comma 10, del codice dei contratti pubblici ha previsto l’istituzione presso A.N.A.C., che ne cura la gestione, del sistema di *rating* di impresa. La norma attribuisce ad A.N.A.C. il compito di definire i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante apposite Linee guida.<sup>1</sup>

I requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa tengono conto dei precedenti comportamenti dell’impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all’applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti e dell’incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara, sia in fase di esecuzione del contratto.

La norma richiede che, nelle medesime Linee guida, sia istituito un sistema amministrativo di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia.

Il documento di costituzione è stato realizzato con il contributo di alcuni esperti in materia di contrattualistica pubblica, nonché tenendo in considerazione i contributi pervenuti ad esito di una prima consultazione svoltasi in vigenza della normativa originaria prevista dal D.Lgs. 50/2016, prima delle modifiche introdotte dal correttivo, nonché le osservazioni formulate dalle imprese e da esperti, giuristi ed economisti, in specifiche riunioni svoltesi a seguito della prima consultazione.

---

<sup>1</sup> Il documento è consultabile all’indirizzo:  
[http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnline/\\_consultazioni?id=4e928cfe0a77804240fa61b672b0b0d3](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnline/_consultazioni?id=4e928cfe0a77804240fa61b672b0b0d3)

Il documento è articolato in uno schema di Linee guida e in una nota esplicativa in cui sono illustrate le ragioni delle scelte proposte e sono contenute domande rivolte ai partecipanti alla consultazione, che sono ovviamente liberi di proporre ulteriori valutazioni in merito al *rating* di impresa. Considerati i numerosi temi trattati si è cercato di articolare il modulo per argomenti.

Le osservazioni e le proposte operative dovranno pervenire entro il 29 giugno 2018 alle ore 18.00, utilizzando l'apposito modulo, pubblicato anch'esso sul portale di A.N.A.C.



## 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

### **Pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio, nessuno dei due? Una questione da considerare nella costruzione del Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 delle società pubbliche**

L'articolo 5 del D.Lgs. 231/2001 (dopo decreto 231) prevede che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, o da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. Ed inoltre, da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di queste.

La norma può presentare qualche perplessità interpretativa quando la si debba calare nella costruzione del Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 delle società pubbliche. In generale, delle società ed enti controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni.

Le perplessità riguardano la qualificazione da attribuire ai soggetti indicati nella norma. Si tratta, cioè, di valutare se essi abbiano veste di pubblico ufficiale, di incaricato di pubblico servizio oppure nessuna delle due, valutazione non facile a causa dell'imponente varietà di modelli organizzativi dei detti organismi e delle funzioni che svolgono. Va da sé che l'opzione sul punto si riflette sulle impostazioni e sui contenuti del Modello – codice etico compreso – (e, naturalmente, sul giudizio che eventualmente interverrà sul fatto concreto accaduto).

Ulteriori spunti di riflessione sulla questione vengono dalla delibera n. 1134 dell'8 dicembre 2017 con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha dettato le nuove linee guida per l'attuazione delle norme 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.

Nel quadro tratteggiato anche in funzione delle modificazioni legislative intervenute al riguardo (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 delle amministrazioni pubbliche, e D.Lgs. 175/2016 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), l'Autorità assegna infatti al Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 un ruolo specifico ai fini di tale attuazione.

Descrivendo le singole situazioni le Linee prevedono, in particolare, che le società e gli enti privati in controllo pubblico, nonché gli enti pubblici economici, *“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”*, mentre evidenziano che le società a partecipazione pubblica non in controllo da parte di amministrazioni pubbliche non risultano comprese tra i soggetti cui si applica direttamente la disciplina in tema di prevenzione della corruzione. Conseguentemente, non sono tenute ad applicare la legge 190/2012. Suggestiscono tuttavia che, per queste società, siano le pubbliche amministrazioni partecipanti a promuovere l'applicazione del Modello 231, opportunamente integrato come per le società in controllo pubblico.

Aggiungono, infine, che analoghe iniziative devono essere assunte dalle amministrazioni che affidano ad associazioni e fondazioni lo svolgimento di attività di interesse pubblico, ovvero vigilano su questo svolgimento.

Rimarcando come l'ANAC – diversamente da quanto ormai acclarato circa l'obbligatorietà dell'applicazione della disciplina del decreto 231 anche alle società pubbliche – sembri concedere una certa discrezionalità nell'applicazione di essa da parte loro, e a prescindere dalle complesse questioni di carattere generale che già si devono affrontare e risolvere per applicare le direttive dell'ANAC in esame, non sembra esservi dubbio che, nel momento in cui si ponga mano all'applicazione suggerita dall'Autorità, si ripropongano le perplessità esposte inizialmente circa la qualificazione da attribuire ai soggetti indicati dall'articolo 5 del decreto 231, con le conseguenze parimenti ivi già manifestate.

L'ANAC, interpretando la nozione di pubblico interesse previsto dal comma 3 dell'articolo 2-bis del D.Lgs. 33/2013, ne definisce i contenuti in maniera

abbastanza ampia. Vi rientrano le attività di esercizio di funzioni amministrative (attività di istruttoria in procedimenti di competenza dell'amministrazione affidante; funzioni di certificazione, di accreditamento o di accertamento; rilascio di autorizzazioni o concessioni; espropriazioni per pubblica utilità, ecc.). Vi rientrano, altresì, le attività di resa di servizi pubblici e di produzione di beni e servizi a favore dell'amministrazione pubblica. Tutto ciò ai fini dell'applicazione delle norme sulla trasparenza, stabilite dalla norma appena citata.

Benché si tratti di elaborazioni effettuate per fini diversi, per cercare di chiarire le incertezze in merito alla qualificazione dei soggetti previsti dall'articolo 5 del decreto 231 potrebbe risultare utile leggere, in parallelo, le definizioni dell'interesse pubblico date dall'Autorità con i principi fissati dalla Suprema Corte (Cass., VI sez. pen., sent. n 15482/2017) circa la distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio.

Riferendosi agli articoli 357 (Nozione di pubblico ufficiale) e 358 (Nozione della persona incaricata di un pubblico servizio) cod. pen., la Corte sottolinea che *«le qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio sono collegate alle attività svolte, che possono definirsi come pubblica funzione amministrativa o come pubblico servizio non per il legame tra il soggetto e un ente pubblico, ma per la disciplina pubblicistica che regola l'attività [...]». Le due categorie sono accomunate, quindi, da una prospettiva funzionale oggettiva, nel senso che entrambe postulano il criterio di delimitazione "esterna" imperniato sulla natura pubblicistica dell'attività svolta. L'elemento che le differenzia è costituito dal fatto che il pubblico ufficiale è dotato di poteri deliberativi, autoritativi o certificativi, mentre l'incaricato di pubblico servizio difetta di tali poteri, nonostante la sua attività sia comunque riferibile alla sfera pubblica: in altri termini, è la tipicità dei poteri elencati nell'art. 357 cod. pen. che fonda la differenza».*

Orbene, tenendo presente la distinzione ribadita dalla Suprema Corte con la pronuncia richiamata e i chiarimenti dell'ANAC sulla nozione di pubblico interesse sopra riportati, si può ipotizzare che, nella sterminata galassia tipologica delle società e degli enti pubblici – benché classificata dalla stessa ANAC con la delibera n. 1134/2017 –, si possano presentare casi in cui le persone indicate dall'articolo 5 del decreto 231 possano assumere la veste di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio a seconda delle funzioni che la società o l'ente svolgono. Ma non è escludibile che non

possiedano né l'una né l'altra qualificazione, ed agiscono come mere persone private.

Sembrerebbe che le integrazioni del Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 suggerite dall'ANAC per l'attuazione delle norme sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza per le società e gli enti di diritto privato controllati dalle pubbliche amministrazioni e per i soggetti partecipati che intendano adottare il Modello non possano prescindere dal fornire chiarimenti sul punto in esame. Nella costruzione dei chiarimenti dovrebbero affiancarsi – come insistentemente sottolineato dall'ANAC, che ribadisce anche il suo potere di sanzionarne l'inerzia – le amministrazioni pubbliche controllanti, partecipanti o vigilanti, anche nell'ambito dei compiti loro assegnati dal novellato articolo 22 del d. lgs. 33/2013.

E in questo lavoro di adeguamento, si dovrebbero forse considerare anche le fattispecie di delitto previste dal D.Lgs. 38/2017 (*Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*), nonché la disposizione dell'articolo 1 della legge 179/2017 (*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*) che, modificando il comma 2 dell'articolo 54-bis del D.Lgs. 165/2001, per i fini della legge equipara al dipendente pubblico il dipendente di un ente pubblico economico, ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 cod. civ.

Indicazioni illuminanti sulla questione in argomento potranno, sicuramente, venire dalla giurisprudenza allorché il giudice sarà chiamato a decidere sulla corretta o non corretta applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione da parte delle società e degli enti pubblici.