

Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



ottobre 2017

PLENUM

rivista231.it

- 1. AMBIENTE E SICUREZZA** **3**
di Marina Zalin

- 2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE** **5**
di Ranieri Razzante

- 3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA** **8**
di Ciro Santoriello

- 4. NORME E ATTI** **11**
di Andrea Ferrero

- 5. ORGANISMO DI VIGILANZA** **13**
di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione

- 6. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI** **15**
di Carlo Manacorda

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

La Cassazione conferma l'incompatibilità, per il difensore, tra la posizione dell'ente e del suo legale rappresentante coimputato.

Con la sentenza 7.9.2017 n. 40712 la Cassazione ha deciso un aspetto processuale particolarmente rilevante per la difesa dell'ente nei procedimenti penali in materia di responsabilità 231.

Nel corso del 2007, in seguito a un infortunio occorso nella realizzazione della linea metropolitana di Brescia, un lavoratore era deceduto cadendo da una torretta del ponteggio.

Il Tribunale di primo grado aveva condannato gli imputati (assolvendo solo il RSPP) e l'ente, ma la Corte di Appello aveva invece annullato la sentenza limitatamente alla posizione dell'ente, disponendo a suo carico un nuovo giudizio. La Corte, infatti, aveva ravvisato come l'ente avesse partecipato al giudizio nella persona del suo legale rappresentante – imputato del medesimo reato – e assistito dal medesimo difensore degli imputati persone fisiche. Da ciò derivava, quindi, la nullità della sentenza nei confronti dell'ente.

Gli imputati, sostenendo che tale incompatibilità tra legale rappresentante-imputato ed ente andasse a inficiare anche la sentenza di condanna a loro carico, avevano proposto ricorso per Cassazione.

La Corte ha dapprima ricordato la sentenza delle Sezioni Unite (28.5.2015 n. 33041) in forza della quale "il rappresentante legale indagato o imputato del reato-presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39. D.Lgs. 231/2001".

La Corte utilizza la norma dell'art. 106 c.p.p., che disciplina il caso di incompatibilità della difesa di più coimputati, per evidenziare come il Giudice che la ravvisi sia tenuto a fissare un termine per la rimozione dell'incompatibilità (ad es. nuova nomina di uno dei coimputati) e intervenire solo successivamente, in caso di inerzia delle parti.

In caso di mancato rilievo da parte dei difensori o del Giudice, pertanto, non si verifica una causa di nullità assoluta, ma solamente una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.

Tali nullità, peraltro, non possono essere rilevate o dedotte dopo la sentenza di primo grado e non possono essere eccepite da chi vi ha dato causa o ha concorso a darvi causa. La difesa, non avendo proposto la questione nel corso del giudizio di primo grado o nell'atto di appello, non ha così potuto lamentare alcuna eccezione sul punto.

In senso pratico la pronuncia va a chiarire nuovamente il tema della necessaria scissione tra legale rappresentante-imputato ed ente, poiché quest'ultimo potrà stare in giudizio per il tramite di un diverso soggetto ai sensi dell'art.39 D.Lgs. 231/2001.

In caso di nomina del difensore fatta da un soggetto non abilitato a farla, poiché la legge stessa presume un "conflitto di interesse" con l'ente, la questione dovrà essere prontamente eccepita nel corso del processo penale.

Va quindi raccomandata la massima attenzione per quanto concerne la nomina del soggetto che starà in giudizio per conto dell'ente, il quale avrà il potere di scegliere il difensore più idoneo alla tutela dell'impresa.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Codice antimafia e corruzione. Aumentano le misure di contrasto e prevenzione

Fra i possibili destinatari delle misure di prevenzione anche gli indiziati di reati contro la Pubblica Amministrazione. È questa una delle principali novità introdotte dalla riforma del Codice antimafia (D.Lgs 6.9.2011, n. 159) approvata lo scorso 27 settembre dal Parlamento.

Il testo della legge, non ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale, prevede che le misure di prevenzione personali e patrimoniali, disciplinate dal Codice, potranno essere applicate anche ai soggetti indiziati del reato di associazione per delinquere finalizzato alla commissione di determinati delitti contro la Pubblica Amministrazione.

Sul fronte della prevenzione, norme più rigorose per garantire la trasparenza della nomina degli amministratori giudiziari.

Il legislatore nel recente intervento di modifica del Codice antimafia ha introdotto, tra le altre misure, anche nuovi strumenti normativi finalizzati al contrasto e alla prevenzione della corruzione e dei reati contro la PA.

Nello specifico, all'art. 4, comma 1, del D.Lgs 159/2011 è stata inserita la lettera *i-bis*) che prevede, appunto, che le misure di prevenzione possano essere applicate anche "ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-*bis* o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* del medesimo codice".

Si tratta dei reati di peculato semplice e mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni statali o comunitarie, concussione, corruzione propria e impropria, corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione di incaricato di pubblico servizio, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi dell'Unione europea e di funzionari dell'Unione europea e di Stati esteri.

Per quanto riguarda la competenza dell'organo proponente, il nuovo Codice prevede che per le fattispecie di pericolosità di cui alla suddetta lettera *i-bis*) siano competenti a richiedere l'applicazione delle misure il

Procuratore Nazionale antimafia, il Procuratore della Repubblica distrettuale, il Direttore della DIA e il Questore.

È competente altresì, parlando di reati contro la PA, il procuratore della Repubblica circondariale, previo coordinamento con il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto.

L'attribuzione della competenza al procuratore distrettuale solleva qualche dubbio in ordine a possibili criticità nella prassi applicativa, dal momento che competente in via principale per le indagini penali relative ai reati previsti dalla lett. i-bis) è il procuratore circondariale.

Situazione analoga si verifica già con riguardo al reato di intestazione fittizia di cui all'articolo 12-*quinquies* del decreto-legge n. 306 del 1992.

Sul piano della prevenzione della corruzione, anche a seguito dei recenti scandali per la scelta degli amministratori di giustizia di Palermo, il nuovo Codice ridisegna tutto l'impianto delle nomine.

Sono introdotte, infatti, regole più rigorose per garantirne la trasparenza. In particolare, viene riscritto l'art.35 del D.Lgs 159/2011.

Si prevede che l'amministratore giudiziario di beni immobili sequestrati venga scelto, nell'ambito degli iscritti all'apposito albo all'Albo degli amministratori giudiziari dei beni sequestrati, secondo criteri di trasparenza, di rotazione degli incarichi e di corrispondenza tra i profili professionali del professionista individuato e la tipologia dei beni appresi in via cautelare. L'individuazione dei criteri di nomina degli amministratori giudiziari e dei coadiutori viene demandata a un successivo decreto del Ministro della giustizia (di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dello sviluppo economico).

A tale decreto è, altresì, demandata l'individuazione dei casi in cui è vietato il cumulo degli incarichi contraddistinti dalla particolare complessità o dall'eccezionalità del valore del patrimonio immobiliare da amministrare.

A seguito della riforma al Codice, non possono essere nominate amministratori le persone nei cui confronti il provvedimento è stato disposto, il coniuge, i parenti, gli affini e le persone con esse conviventi, né le persone condannate a una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o le pene accessorie previste dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o coloro cui sia stata irrogata una misura di prevenzione o nei confronti dei quali sia stato disposto il rinvio a giudizio per i reati di cui all'art. 4 del Codice antimafia o per uno dei reati previsti dal libro II, titolo II, capo I (delitti dei pubblici ufficiali contro la PA), e titolo III, capo I (delitti contro l'Amministrazione della giustizia), del codice penale.

Non sono nominabili altresì le persone che abbiano svolto attività lavorativa o professionale in favore del proposto o delle imprese a lui riconducibili. Le stesse persone non possono svolgere neanche le funzioni di coadiutore o di diretto collaboratore dell'amministratore giudiziario nell'attività di gestione. Non possono assumere l'ufficio di amministratore giudiziario, né quelli di coadiutore o diretto collaboratore dell'amministratore giudiziario, il coniuge, i parenti fino al quarto grado, gli affini entro il secondo grado, i conviventi o commensali abituali del magistrato che conferisce l'incarico. Non possono altresì assumere l'ufficio di amministratore giudiziario, né quelli di coadiutore o diretto collaboratore dell'amministratore giudiziario, i creditori o debitori del magistrato che conferisce l'incarico, del suo coniuge o dei suoi figli, né le persone legate da uno stabile rapporto di collaborazione professionale con il coniuge o i figli dello stesso magistrato, né i prossimi congiunti, i conviventi, i creditori o debitori del dirigente di cancelleria che assiste lo stesso magistrato.

Sono state molte le critiche mosse alle nuove regole introdotte dal Codice antimafia in materia di corruzione (e altri reati contro la Pubblica Amministrazione).

Le preoccupazioni maggiori si sono attestate sull'estensione dell'applicabilità delle misure di prevenzione anche ai "corrotti".

A tal proposito, il 27 settembre scorso il Parlamento ha adottato un ordine del giorno che impegna il Governo a monitorare e verificare le nuove misure contro gli indiziati di associazione per delinquere finalizzata ai reati contro la Pubblica Amministrazione.

Quel che pare evidente è che il legislatore abbia voluto dare un segnale di forte impegno nella lotta alla corruzione.

Resta, però, da valutare se la via scelta possa essere efficace o meno. Gli strumenti previsti dal Codice antimafia, pensati appositamente per il contrasto alla criminalità organizzata, potranno essere duttili e piegarsi alle esigenze e peculiarità del contrasto alla corruzione?

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. VI, c.c. 25 luglio 017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49056; CARCANO, Presidente, D'ARCANGELO Estensore; DE MASELLIS P.M. (conf.); Loviro S.r.l., imp.

Responsabilità da reato degli enti collettivi – Ambito di applicazione della disciplina – Società unipersonale – Sussistenza (codice penale, art. 319; D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 1)

La disciplina in tema di responsabilità da reato delle società trova applicazione anche con riferimento alle società unipersonali, in quanto la normativa presente nel D.Lgs. n. 231 del 2001 è riferita agli enti ovvero a tutti i soggetti di diritto non riconducibili alla persona fisica, indipendentemente dal conseguimento o meno della personalità giuridica (1).

Responsabilità da reato degli enti collettivi – Ambito di applicazione della disciplina – Società in fallimento – Sussistenza (codice penale, art. 319; D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 1)

Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001 o delle sanzioni irrogate a seguito del suo accertamento (2)

(1) 1. Sulla possibilità di applicare la disciplina di cui al D.Lgs. n. 231 alla società unipersonale, la dottrina prevalente si è espressa in senso negativo sostenendosi che nell'ipotesi in cui alla presenza della personalità giuridica non si accompagna una situazione di pluralità di soci allora lo schermo societario assolve l'essenziale funzione di limitazione della responsabilità, senza però che si ravvisino vere differenze qualitative - almeno rispetto alla sostanza economica del fenomeno - con l'impresa individuale e quindi in tali ipotesi il cumulo delle sanzioni penali e delle sanzioni del diritto punitivo degli enti rischierebbe di risolversi in una duplicazione che integrerebbe una violazione del fondamentale divieto del *ne bis in idem* sostanziale (STORTONI-TASSINARI, La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?, in *Ind. Pen.*, 2006, 22, secondo cui "l'interrogativo che sta alla base del tema dei soggetti è, dunque, quello del «quando» la duplicazione

della sanzione e la ricerca, ad essa correlata, di un equilibrio fra la sfera individuale e quella collettiva della responsabilità sia rispondente alle intrinseche esigenze di commisurazione proprie del diritto punitivo". Analogamente, ZANNOTTI, Il nuovo diritto penale dell'economia. Reato societari e reati in materia di mercato finanziario, Milano 2008, 61, che ravvisa nel carattere della "collettività" il presupposto dell'applicazione delle prescrizioni del D.Lgs. 231/2001).

In senso favorevole, D'ARCANGELO, La responsabilità da reato delle società unipersonali nel D.Lgs. 231/2001, in Riv. Resp. Amm. Enti, 2008, 3, 145.

(2) 2. Quanto alla possibilità di applicare la disciplina del decreto legislativo n. 231 alla società fallita, alcune decisioni delle Corti di merito avevano sostenuto che il fallimento della società determinasse l'estinzione dell'illecito previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001 (Trib. Roma, 7 febbraio 2012, Arielli) ma tale tesi però è stata rigettata dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 25 settembre 2014, Uniland Spa e altro, n.11170, in Mass. Uff., n. 263684; Cass., sez. V, 16 novembre 2012, Franza, in Mass. Uff., n. 254326; Cass., sez. V, 2 ottobre 2009, Vanuzzo, non massimata sul punto; Cass., sez. V, 26 settembre 2012, Magiste International s.a., in Mass. Uff., n. 253482), che ha evidenziato come la dichiarazione di insolvenza della persona giuridica – quale che sia la procedura concorsuale che viene ad aprirsi – non è normativamente prevista quale causa estintiva dell'illecito dell'ente e non è possibile assimilare il fallimento della società alla morte del reo perché una società in stato di dissesto, per la quale si apra la procedura fallimentare, non può dirsi estinta, tanto è vero che il curatore ha esclusivamente poteri di gestione del patrimonio al fine di evitare il depauperamento dello stesso e garantire la *par condicio creditorum*, mentre la proprietà del patrimonio compete ancora alla società (in dottrina CHIAMETTI, Sanzioni 231 anche per le società fallite, in Riv. Resp. Amm. Enti, 1-2013, 191; BERSANI, Modelli Organizzativi 231/2001 e procedure fallimentari, ivi, 3-2007, 67; ID., Responsabilità degli enti e concordato preventivo, ivi, 1-2011, 135; ID., Responsabilità della persona giuridica e "sopravvivenza" delle sanzioni alla dichiarazione di fallimento, ivi, 3-2013, 179; SALVATORE, Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito amministrativo da reato (commento a Cass. Pen., sez. V, 15 novembre 2012, n. 44824), ivi, 2-2013, 255; DI GERONIMO, Rapporti tra fallimento della società ed accertamento degli illeciti amministrativi dalla medesima commessi: profili problematici in

tema di misure cautelari, trasmissibilità delle sanzioni e legittimazione processuale del curatore nel procedimento a carico della società, *ivi*, 1-2011, 147; PISTORELLI, Responsabilità da reato degli enti, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2012, 887; ZANALDA, Fallimento della società ed estinzione delle sanzioni amministrative, in *Giur. It.*, 2013, 1650; GUERINI, Il fallimento delle società non determina l'estinzione della sanzione a carico dell'ente, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 940; PAOLONI, Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito previsto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, in *Cass. Pen.*, 2013, 2781; ROSSI, Fallimento, "morte" della società ed estinzione della responsabilità da reato, in *Giur. Comm.*, 2014, 2, 236).

3. Oggetto di perdurante discussione il tema dei rapporti fra l'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dal D.Lgs. n. 231 e la tutela dei creditori che hanno diritto di soddisfarsi sulla massa fallimentare (in dottrina, ROMANO, Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento, in *Cass. Pen.*, 2016, 2894; COMPAGNA, Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell'eventuale sequestro: il necessario contemperamento degli interessi costituzionali in gioco e l'ipotesi di fallimento, *ivi*, 2009, 3034; BIANCHI, Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare, in *Giur. It.*, 2015, 1995; BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore, in *Arch. Pen.*, 2015, 304).

Sul punto la Cassazione si è pronunciata due volte a Sezioni Unite: 24 maggio 2004 n. 29951, ricorrente Focarelli (MASSARI, Note minime in materiali sequestro probatorio sui beni del fallito, in *Giur. It.*, 2005, 1507; IACOVIELLO, Fallimento e sequestri penali, in *Fall.*, 2005, 1265) e 25 settembre 2014 n. 11170 (commentata da SANTORIELLO, Procedura fallimentare e responsabilità degli enti: un rapporto ancora problematico, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 3-2015, 187).

NORME E ATTI

di **Andrea Ferrero**, Redazione Rivista 231

La riforma del codice antimafia (Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 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)

E' in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale la riforma del codice antimafia che, in data 27.9.2017, la Camera ha approvato definitivamente nel testo licenziato con modifiche dal Senato.

Il provvedimento interviene con modifiche al sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, alla disciplina dell'amministrazione, gestione e destinazione dei beni, al sistema di tutela dei terzi, allo strumento della confisca, al decreto sulla responsabilità da reato degli enti collettivi.

In particolare:

- l'articolo 11 aggiunge l'articolo 34-*bis* al capo V del titolo II del libro I del D.Lgs. 159/2011, il quale dispone che, con il provvedimento di nomina, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del D.Lgs. 231/2001;
- l'articolo 30, comma 4 della riforma introduce 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.

Di seguito il testo dell'art. 25-*duodecies* del D.Lgs. 231/2001 con le modifiche introdotte dall'articolo 30, comma 4, evidenziate in rosso.

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

(Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare)

1. In relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 22, comma 12-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote, entro il limite di € 150.000,00.

1-bis In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n.286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

1-ter. In relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 12, comma 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote.

1-quater. Nei casi di condanna per i delitti di cui ai commi *1-bis* e *1-ter* del presente articolo, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno.

ORGANISMO DI VIGILANZA

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

Il Modello ISO non può essere equiparato al sistema 231

Nell'ambito della casistica giurisprudenziale relativa al D.Lgs 231/01, con la sentenza 13.9.2017 n. 41768 la Corte di legittimità prende in esame due diverse tematiche; la prima attiene alla valenza del modello ISO ai fini della esimente 231, mentre l'altra è relativa agli elementi che il sistema di prevenzione penale deve avere per essere invocato dalla società in cui si è verificato il reato.

Partiamo dal primo tema che attiene alla valenza che si può attribuire, in caso di reato, all'esistenza di un modello ISO UNI EN ISO 9001 presente in un'azienda sprovvista, invece, del sistema 231.

Su tale aspetto i giudici di legittimità rilevano che "già si è detto che la Corte di appello ha motivato analiticamente sulla sussistenza dei singoli reati presupposto, indicando specificamente le fonti di prova poste a base della decisione e il contenuto delle stesse, e ha esaminato approfonditamente il tema dell'insussistenza, per entrambe le società, del modello organizzativo e di gestione richiesto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, concludendo che a tale categoria non potessero ricondursi né i modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001, preesistenti alla commissione dei reati in contestazione.

In particolare, per quanto riguarda il profilo attinente all'insussistenza del modello organizzativo, la sentenza impugnata ha rilevato che i modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possono essere ritenuti equivalenti ai modelli richiesti dal D.Lgs. n. 231 del 2001, perché non contenevano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello e si riferivano eminentemente al controllo della qualità del lavoro nell'ottica del rispetto delle normative sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o degli interessi tutelati dai reati in materia ambientale.

Ancora, nel dichiarare adesione alle conclusioni già raggiunte dal Tribunale, la Corte di Appello ha espressamente riportato le affermazioni del primo giudice anche nella parte in cui questi aveva precisato di non

condividere le osservazioni esposte nelle relazioni del consulente tecnico della difesa degli enti, il dott. [...], il quale <si è profuso nella descrizione dell'equivalenza dei modelli ISO 9001 ai MOG (modelli di organizzazione e gestione previsti dal D.Lgs. n. 231 del 2001)>.

Quindi, ovviamente, la Corte ha escluso una “supplenza”, ai fini del riconoscimento dell'esimente, del sistema ISO sul Modello 231 non adottato dalla società.

Per quel che riguarda invece il secondo tema affrontato dai giudici di legittimità – relativo all'idoneità del sistema di prevenzione penale adottato dalla società successivamente all'epoca in cui il reato era stato posto in essere - la Corte rileva come esso “non conteneva, tra l'altro, né il codice di comportamento e le relative procedure, né il codice etico, né le procedure per la conoscenza dei modelli, né il sistema sanzionatorio” .

Con tale passaggio i giudici confermano la necessità che il Modello, per essere positivamente valutato ai fini dell'esimente in sede penale, debba avere una certa struttura.

A nostro avviso va rimarcata l'importanza del riferimento ai codici di comportamento e, in particolare, alle “relative procedure” in quanto i protocolli di controllo devono sostanziarsi in vere e proprie procedure che gli attori dei processi sensibili dovranno applicare al fine di ridurre la possibilità di verifica dei reati individuati in sede di audit.

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

La funzione consultiva dell'ANAC: un'opportunità da valutare nella (tuttora) travagliata vicenda applicativa delle norme per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza amministrativa alle società a partecipazione pubblica tenute ad osservare il decreto 231

La recente emanazione del D.Lgs. 100/2017 (Disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. 175/2016, recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), nel mentre stabilizza il corpo normativo contenuto nel D.Lgs. 175/2016, ripropone, per gli enti ivi contemplati e tenendo conto degli espliciti riferimenti ad essi effettuati nell'ambito delle norme in argomento (art. 2-*bis* D.Lgs. 33/2013, inserito dall'art. 3 D.Lgs. 97/2016), il tema (affatto marginale) dell'applicazione delle norme per la prevenzione e la repressione della corruzione e per la trasparenza dell'attività delle amministrazioni pubbliche alle società a partecipazione pubblica tenute a osservare la disciplina del decreto 231.

Come noto, sotto il profilo interpretativo la questione è stata trattata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nella Deliberazione n. 831 del 3 agosto 2016: "Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016".

L'Autorità – anche alla luce delle evoluzioni normative intervenute (segnatamente D.Lgs. 97/2016: "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttive della legge 190/2012 e del D.Lgs. 33/2013") –, indica i provvedimenti che dovrebbero adottare i soggetti variamente tenuti ad applicare le norme della legge 190/2012 e dei decreti 33 e 39/2013, e che siano anche assoggettati disciplina stabilita dal decreto 231.

Per le società in controllo pubblico (escluse le società quotate), l'ANAC puntualizza – giusta quanto previsto dal precitato art. 2-*bis* del D.Lgs. 33/2013 – che sono tenute, in primo luogo, ad applicare le norme sulla trasparenza amministrativa.

Per quanto concerne le altre misure per la prevenzione della corruzione queste società – tenute anche ad applicare le disposizioni del decreto 231 – devono adottare, ai sensi dell'art. 41 del D.Lgs. 97/2016, misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle stabilite dal decreto 231. Devono cioè integrare il Modello di organizzazione e gestione con misure idonee a prevenire anche i fenomeni di corruzione e di illegalità in coerenza con le finalità della legge 190/2012.

Tali misure devono essere collocate in una sezione apposita del Modello dovendo essere chiaramente identificabili, poiché ad esse sono correlate forme di gestione e responsabilità differenti. L'apposita sezione del Modello tiene luogo del Piano triennale di prevenzione della corruzione previsto, in generale, per le amministrazioni pubbliche.

Quanto alle società in partecipazione pubblica (e agli altri enti di diritto privato assimilati), l'ANAC precisa che esse, sulla base delle disposizioni vigenti, sono tenute ad applicare le norme sulla trasparenza, mentre non sono previste disposizioni che impongano l'adozione di misure di prevenzione della corruzione. Suggestisce, tuttavia, che le amministrazioni partecipanti – o che siano ad esse collegate in relazione alle funzioni amministrative o ai servizi pubblici svolti, ovvero all'attività di produzione di beni e servizi – promuovano l'adozione, da parte di queste società, del Modello di organizzazione e gestione quale previsto dal decreto 231.

L'apparente semplicità delle indicazioni dell'ANAC per l'applicazione delle norme di prevenzione della corruzione anche ai soggetti destinatari del decreto 231 non scioglie, tuttavia, tutti i dubbi che si presentano per gli operatori allorché si apprestino a darvi attuazione.

Si è, infatti, in presenza di una tale molteplicità di soggetti non facilmente riconducibili alle due categorie configurate dall'ANAC, sebbene delineate in base alla normativa di settore vigente.

Tutti soggetti inoltre che, stando alla posizione interpretativa della giurisprudenza (Sentenze Cass. pen. n. 29699/2010 e n. 234/2011), sono da considerarsi soggetti passivi del decreto 231.

Di talché potrebbe avere spazio l'ipotesi che l'applicazione a tutti questi soggetti tanto della legge 190/2012 (e decreti attuativi) quanto del decreto 231 non possa che avvenire caso per caso e sulla base di approfondimenti ermeneutici condotti sui singoli atti costitutivi.

Applicazione, tuttavia, che non garantirebbe l'assenza di responsabilità nell'osservanza dei due atti legislativi appena menzionati.

Alcune perplessità applicative possono essere esposte fin da ora. Ad esempio:

- dire che occorre indicare, in apposita sezione del Modello, le misure anticorruzione idonee a prevenire i fenomeni di corruzione e di illegalità in coerenza con le finalità della legge 190/2012 postula, verosimilmente, che si tenga conto di quanto precisato dall'ANAC in altro provvedimento (Determina n. 12/2015) laddove osserva che il concetto di corruzione che compare nel Piano Nazionale Anticorruzione è più ampio di quello contenuto nel reato di corruzione e, in generale, nel complesso dei reati contro la Pubblica Amministrazione. Il concetto di corruzione *ex lege* 190/2012 coincide con la *maladministration* "intesa come assunzione di decisioni devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari". Nell'apposita sezione andrebbero, quindi, anche previste misure organizzative idonee ad impedire azioni di *maladministration* (previa, naturalmente, una definizione dei suoi incerti confini);
- l'indicazione richiamata al punto precedente sembra sottovalutare le modificazioni che il legislatore può apportare alle norme per la prevenzione della corruzione (avvenute numerose nei tempi recenti). L'introduzione di modificazioni costringerebbe infatti i soggetti tenuti all'applicazione del decreto 231 a ricorrenti adeguamenti della sezione apposita del Modello preordinata allo scopo specifico indicato nelle direttive dell'ANAC. Si avrebbe dunque un Modello, per così dire, "a due velocità": una parte di zoccolo stabile e un'altra più "ballerina";
- poiché l'applicazione delle disposizioni sulla trasparenza e per la prevenzione della corruzione sono, talora, legate a elementi variabili (bilancio superiore a 500mila euro, finanziamento dell'ente maggioritario da parte della Pubblica Amministrazione, nomina di amministratori da parte di pubbliche amministrazioni – art. 2-bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013, introdotto dal D.Lgs. 97/2016; art. 41, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 97/2016), occorrerebbe sapere come bisognerebbe trattare la sezione apposita del Modello qualora venissero meno tali elementi. La si sopprime, salvo poi ripristinarla al verificarsi delle condizioni indicate dalla legge? Tornerebbe la situazione di un Modello "a due velocità";

- in determinati casi (art. 2-*bis*, comma 3, D.Lgs. 33/2013, introdotto dal D.Lgs. 97/2016), si prevede che le norme vadano applicate ad alcuni soggetti ma “limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all’attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione europea”. Poiché non esiste una nozione unitaria di “pubblico interesse”, al fine di evitare responsabilità per inosservanza o di norme sulla trasparenza o sulla prevenzione della corruzione, andrebbe fornita una definizione univoca ed esemplificativa di che cosa s’intende per “pubblico interesse”, quanto meno per i fini qui d’interesse;
- il Modello può essere ritenuto efficace nell’esonerare dalla responsabilità amministrativa ex decreto 231 se conforme a schemi redatti da associazioni rappresentative degli enti, e comunicati ai Ministeri competenti (art. 6, comma 3, decreto 231). Al fine di evitare una debolezza complessiva del Modello non idonea ad escludere la responsabilità amministrativa occorrerebbe che, per le società in controllo pubblico e per gli altri enti tenuti ad applicare le norme di prevenzione della corruzione e quelle previste dal decreto 231, venissero forniti schemi da parte di soggetti a ciò abilitati. Diversamente, questi soggetti vengono a trovarsi in una condizione di inferiorità rispetto a quelli del settore privato.

Esiste dunque un’oggettiva difficoltà applicativa della legge 190/2012 e decreti attuativi presso i soggetti tenuti all’osservanza delle disposizioni del decreto 231.

In presenza di un simile quadro dalle elevate connotazioni di “evanescenza”, potrebbe risultare utile far ricorso alla funzione consultiva dell’ANAC quale espressa nel “Regolamento per l’esercizio della funzione consultiva svolta dall’Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della legge 6 novembre 2012, n. 190, e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all’art. 211 del decreto stesso” (1), approvato con Provvedimento del 20 luglio 2016.

(1) L’art 211 del D.Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) riguarda i “Pareri precontenziosi dell’ANAC”, pareri cioè chiesti durante lo svolgimento di una procedura di gara d’appalto.

Il Regolamento – che contiene, in allegato, il Modulo informatico per la presentazione della richiesta di parere – abroga il provvedimento sulla stessa materia del 14 gennaio 2015.

Le premesse del Regolamento richiamano, espressamente, l'attività consultiva dell'ANAC nei confronti delle pubbliche amministrazioni, degli enti diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse (si presenta, nuovamente, l'ambigua situazione di "pubblico interesse") e, in determinati casi, di soggetti privati con riferimento a problemi interpretativi e applicativi posti dalla legge 190/2012 e decreti attuativi con riguardo a fattispecie specifiche.

Si precisa inoltre che la funzione consultiva dell'ANAC deve essere considerata strettamente connessa con le riconosciute sue funzioni di vigilanza, in quanto volta a fornire indicazioni ex ante e ad orientare l'attività delle amministrazioni, sebbene nel rispetto della loro discrezionalità.

L'art. 1 del Regolamento puntualizza gli scopi dell'attività consultiva dell'ANAC. Essa è "finalizzata a fornire orientamenti in ordine a particolari problematiche interpretative e applicative poste dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai suoi decreti attuativi", nonché indirizzi sulla corretta interpretazione e applicazione del D.Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). L'attività consultiva viene esercitata:

- a) quando la questione di diritto oggetto della richiesta ha carattere di novità;
- b) quando la soluzione alla problematica giuridica sollevata può trovare applicazione a casi analoghi;
- c) quando la disposizione normativa oggetto della richiesta presenta particolare complessità;
- d) quando la richiesta sottoposta all'ANAC presenta una particolare rilevanza sotto il profilo dell'impatto socio-economico;
- e) quando i profili problematici individuati nella richiesta per l'esercizio dell'attività di vigilanza e/o in relazione agli obiettivi generali di trasparenza e prevenzione della corruzione perseguiti dall'ANAC appaiono particolarmente significativi.

Gli articoli 3, 4, 5, 6, 7 e 8 contengono le modalità di presentazione delle richieste, i casi di inammissibilità delle stesse con conseguente archiviazione, le regole di istruttoria e di adozione dei pareri e le forme di

pubblicità degli stessi. Particolare attenzione meritano le regole e le condizioni da osservare affinché la richiesta di parere non sia dichiarata inammissibile. Ove la richiesta possa essere accolta ed evasa, il parere è comunicato alle parti interessate.

L'art. 2 del Regolamento individua i soggetti che possono rivolgere all'Autorità richiesta di parere nelle materie indicate all'art. 1. Si possono rivolgere all'ANAC a questo scopo:

- a) le pubbliche amministrazioni, gli enti di diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse nonché le stazioni appaltanti previste dal Codice dei contratti pubblici;
- b) i soggetti privati o i soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati destinatari di un eventuale provvedimento nell'ambito di un procedimento della pubblica amministrazione o di un ente di diritto privato che svolge attività di pubblico interesse;
- c) gli operatori economici che partecipano a gare per l'affidamento di contratti pubblici.

Tenendo conto del quadro normativo contenuto nel Regolamento, le società a partecipazione pubblica – categoria che può considerarsi onnicomprensiva di tutti gli enti variamente collegati con la pubblica amministrazione: società in generale comprese quelle *in house*, associazioni – riconosciute e non –, aziende speciali per l'esercizio di servizi pubblici, fondazioni, enti di diritto privato comunque denominati, ecc. –, obbligate anche all'osservanza delle disposizioni del decreto 231, potrebbero dunque giovare dello stesso Regolamento e presentare all'ANAC richieste di parere per approfondire problematiche di particolare complessità. Così evitando iniziative autonome che potrebbero risultare poco appropriate se non addirittura dannose, con conseguenti responsabilità.