

Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



settembre 2017

PLENUM

rivista231.it

- 1. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE** **3**
di Ranieri Razzante

- 2. GIURISPRUDENZA ANNOTATA** **5**
di Ciro Santoriello

- 3. ORGANISMO DI VIGILANZA** **17**
di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione

- 4. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI** **19**
di Carlo Manacorda

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Nuovo decreto antiriciclaggio: cosa cambia per i professionisti

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 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.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. VI, 22 giugno 2017 (dep. 13 settembre 2017), n. 41768; CARCANO, Presidente, CORBO Estensore; PINELLI P.M. (conf.); Fitto, imp.

Procedimenti nei confronti degli enti collettivi – Competenza per territorio – Competenza determinata da ragioni di connessione – Applicazione della disciplina della connessione anche nel procedimento nei confronti degli enti (codice procedura penale, art. 12; D.Lgs.n. 231 del 2001, art. 36)

La competenza per il procedimento nei confronti di un ente può essere determinata per connessione anche avendo riguardo a un reato addebitato esclusivamente a persone fisiche (1)

Procedimenti nei confronti degli enti collettivi – Vicende modificative dell'ente – Formulazione dell'imputazione – Indicazione nell'imputazione degli enti originari – Svolgimento del processo nei confronti della persona giuridica risultante dalla modifica (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 28, 29, 30, 31, 32, 33)

In caso di trasformazione, fusione, anche per incorporazione, o scissione della società cui viene contestato l'illecito amministrativo da reato, l'imputazione dello stesso deve essere riferito alle società originariamente responsabili, e non necessariamente anche agli enti che rispondono ex post, in relazione a quali rileva solo la corretta instaurazione del contraddittorio, attraverso una regolare citazione a giudizio contenente le ragioni da cui inferire il titolo di responsabilità (2)

Procedimenti nei confronti degli enti collettivi – Intercettazioni – Utilizzo nel processo nei confronti delle società dei risultati di intercettazioni disposte nell’ambito del processo nei confronti delle persone fisiche – Ammissibilità (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 34)

I risultati desumibili dalle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni ordinate per il reato presupposto sono comunque utilizzabili anche per accertare la responsabilità dell'ente, ed anche se il procedimento relativo a quest'ultimo sia stato formalmente separato per vicende successive (3)

Responsabilità da reato degli enti – Disciplina della prescrizione – differenza rispetto alla normativa dettata con riferimento al processo penale nei confronti delle persone fisiche - Violazione del principio di uguaglianza e del principio di ragionevole durata del processo - Questione di costituzionalità - Manifesta infondatezza (Cost., artt. 3, 24, comma 2[^], 41, 111, 117 in riferimento all’art. 6 Convenzione europea dei diritti dell’uomo; D.Lgs. n.. 231 del 2001, artt. 22, 59, 60)

In tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'ente, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe la prescrizione e ne sospende il decorso dei termini fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. Tale efficacia interruttiva della prescrizione sussiste anche in caso di successiva intervenuta prescrizione del reato presupposto, giacché il relativo termine, una volta effettuata la contestazione ex art. 59 d.lgs. n. 231 del 2001, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica (4)

Procedimenti nei confronti degli enti collettivi – Regola di giudizio – Riferimento al principio dell'

oltre ogni ragionevole dubbio – Applicabilità (codice di procedura penale, art. 530, comma 2; D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 66)

Per la dichiarazione di responsabilità dell'ente la regola di giudizio è analoga a quella contenuta nell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen. (5).

Responsabilità da reato degli enti collettivi – Modello organizzativo – Valutazione di idoneità del modello – Adozione da parte della società dei modelli di gestione ISO – Insufficienza (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 5, 6, 7)

I modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possono essere ritenuti equivalenti ai modelli richiesti dal d.lgs. n. 231 del 2001, qualora non contengano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello (6)

(1) 1. La difesa sosteneva che la competenza (per territorio) non può essere determinata per connessione rispetto ad un reato - nel caso di specie quello di associazione per delinquere - addebitato esclusivamente a persone fisiche, solo perché a queste sono imputati anche altri reati, meno gravi, i quali costituiscono il presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti.

La Cassazione correttamente replica come la disciplina in tema di competenza territoriale determinata da ragioni di connessione rappresenta una modalità ordinaria per individuare il giudice territorialmente competente a decidere dalla vicenda, sicché nulla si oppone alla sua applicazione anche nell'ambito del procedimento nei confronti degli enti collettivi, quando il reato più grave e che determina il giudice competente sia contestato solo alle persone fisiche e non alle società.

(2) 2. La massima della decisione si presenta coerente con il dettato normativo in tema di processo nei confronti degli enti collettivi e vicende modificative dell'ente, come previsto dagli artt. 28 ss. D.Lgs. n. 231 del 2001 (in proposito, NAPOLEONI, La cessione d'azienda nel sistema della

responsabilità degli enti, in Riv. Resp. Amm. Enti, 3, 2007; ID., Le “vicende modificative”: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti, ivi, 2, 2007).

In proposito si ricorda che l'ipotesi in cui i negozi giuridici di trasformazione, fusione o scissione della persona giuridica vengano in essere nel corso del procedimento penale è regolamentata da due disposizioni del decreto n. 231 del 2001, gli artt. 42 e 70, le quali affrontano il profilo dell'incidenza della ristrutturazione dell'ente sui procedimenti in corso ed il profilo dell'efficacia della sentenza nei confronti degli enti subentranti nella sua responsabilità da reato: entrambe le disposizioni devono contemperare due diversi interessi rappresentati dalla possibilità per i nuovi enti risultanti dal negozio giuridico di partecipare attivamente al procedimento che li riguarda e dall'altro evitare un rallentamento, se non una vera vanificazione delle attività processuali in itinere in conseguenza di operazioni che scaturiscono da libere e lecite iniziative degli enti interessati.

Nel perseguimento di tali finalità, il legislatore – con riferimento al profilo inerente lo svolgimento del processo a seguito della vicenda modificativa interessante l'ente accusato – ha ritenuto di adottare una disciplina intesa ad assicurare una “successione nel processo senza soluzione di continuità”. In particolare, l'art. 42, partendo dal presupposto che la persona giuridica risultante dalle operazioni di trasformazione, fusione e scissione rimane tendenzialmente responsabile rispetto agli illeciti amministrativi commessi anteriormente alle stesse vicende dall'ente originario, dispone che il processo prosegua nei confronti del nuovo ente risultante da tali vicende modificative o beneficiario della cessione, che vi partecipa “allo stato in cui lo stesso si trova, depositando la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2, D.Lgs. 8.6.2001 n. 231”, ovvero la dichiarazione di costituzione. Questa disciplina – che deve ritenersi operante anche con riferimento alla fase delle indagini preliminari - indica, in sostanza, che gli enti presunti responsabili dell'illecito prendono parte al procedimento “*in locum et ius* dell'ente inizialmente soppostovi – *ergo*, senza poter pretendere la rinnovazione delle attività già espletate, e neppure la concessione di specifici termini a difesa – fruendo, a tal fine, di una facoltà di costituzione-intervento esercitabile in ogni stadio del procedimento stesso”.

Unica eccezione al disposto dell'art. 42 in commento pare essere – nonostante la norma non ne faccia specifica menzione – quella della scissione parziale, caso in cui si ritiene che il processo debba in realtà proseguire nei confronti dell'ente scisso, il quale, a norma dell'art. 30,

comma 1, D.Lgs. n. 231, sopravvive e resta responsabile per gli illeciti anteriori, mentre gli enti beneficiari della scissione potranno, se ritengono, intervenire affianco alla persona giuridica scissa.

Laddove l'ente risultante dalla fusione o dalla scissione non si avvalga della possibilità di intervenire nel procedimento e quindi non si costituisca, ai sensi dell'art. 70, comma 2, la sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti del nuovo ente, nell'evidente intento di evitare che operazioni negoziali di ristrutturazione aziendale possano rendere vano l'esercizio del potere giurisdizionale. In dottrina si discute se, nel caso in cui il giudice venga a conoscenza della sopravvenuta vicenda modificativa, debba dichiarare la contumacia del nuovo ente o limitarsi a nominare all'ente stesso un difensore d'ufficio ovvero procedere nei confronti dell'ente originariamente citato assistito dal difensore già designato ai sensi dell'art. 39, comma 2.

Il già citato art. 70 invece disciplina l'ipotesi in cui nel corso del procedimento si sia proceduto ad una trasformazione, scissione o fusione della società ed il giudice ritenga dimostrata la responsabilità penale della persona giuridica. In tale ipotesi si prevede che nel dispositivo di condanna venga indicato non solo l'ente originariamente responsabile dell'illecito, ma anche quello risultante da una delle operazioni sopra descritte e la decisione ha effetti anche nei confronti di tale nuovo soggetto. Anche tale previsione è chiaramente orientata ad evitare che, attraverso il ricorso a procedure in discorso, gli enti coinvolti nel processo finiscano per eludere la affermazione di responsabilità nei loro confronti, potendosi così superare la possibile eccezione tendente a prospettare che il diverso soggetto giuridico, subentrante a seguito delle procedure richiamate, non possa legittimamente essere chiamato a rispondere di sanzioni riferibili ad altra persona.

La disposizione si applica solo con riferimento alle ipotesi ivi espressamente previste, senza riguardo ai fenomeni di cessione o conferimento di aziende, peraltro – come si vedrà fra un attimo - autonomamente regolamentati dall'art. 33 d.lgs. n. 231 attraverso la previsione di una responsabilità solidale del cessionario, ancorché ancorata alla preventiva escussione dell'ente cedente e limitata al valore dell'azienda.

Va infine ricordato che nel caso di intervenuta trasformazione, fusione o scissione dell'ente originario, il giudice – laddove ne abbia notizia - deve comunque far constatare dal dispositivo della sentenza il carattere derivativo della responsabilità ascritta all'ente; la previsione, contenuta

nell'art. 70, comma 1, citato, si spiega – almeno con riferimento all'ipotesi di decisione di condanna – con l'intento di rendere effettiva ed efficace la disciplina in tema di reiterazione degli illeciti di cui all'art. 32 d.lgs. n. 231, con la conseguenza – secondo alcuni – che la norma opererebbe anche con riferimento a vicende modificative anteriori all'inizio del procedimento.

(3) 3. La decisione della Cassazione risulta imposta dalla circostanza che gli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 231 del 2001, prevedono, l'uno, in generale, l'applicabilità, nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, delle disposizioni del codice di procedura penale in quanto compatibili, e, l'altro, l'applicabilità, all'ente, delle disposizioni processuali relative all'imputato; il principio, inoltre, trova conferma nel fatto che l'unica disposizione del d.lgs. n. 231 del 2001 specificamente relativa alle prove, quella di cui all'art. 44, disciplina un particolare profilo della prova testimoniale, disinteressandosi completamente della materia delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

Quanto alla possibilità di utilizzare nell'ambito del processo nei confronti della persona giuridica i risultati di intercettazioni disposte nelle indagini nei confronti delle persone fisiche, va in proposito considerato come secondo la giurisprudenza consolidata i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati nell'art. 266 cod. proc. pen. sono utilizzabili anche con riferimento ad altri reati che emergano dall'attività di captazione, ancorché per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite, purché tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dei reati per cui si procede separatamente vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, cosicché il relativo procedimento possa ritenersi non diverso rispetto al primo, ai sensi dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen.. Chiaramente, pur volendo ritenere che altro è il reato presupposto ed altro è l'illecito amministrativo dipendente dal reato presupposto, è innegabile l'esistenza di una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dell'illecito amministrativo dipendente dal medesimo reato e questa conclusione non appare suscettibile di differenziazione nel caso in cui si procede separatamente per il reato presupposto e per l'illecito amministrativo da esso conseguente, posto che la "scissione" dei procedimenti non potrebbe essere certo causata dalla eterogeneità delle ipotesi di illecito penale.

(4) 4. Come è noto, la disciplina in tema di prescrizione nel processo contro gli enti prevede che “1. le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato. 2. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59. 3. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione. 4. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”.

In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. II, 15 dicembre 2001, Cerasino, in Mass. Uff., n. 256705, secondo cui “in tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio”; Cass., sez. V, 4 aprile 2013, Citibank, in Mass. Uff., n. 255415, secondo cui, l'intervenuta prescrizione del reato presupposto successivamente alla contestazione all'ente dell'illecito non ne determina l'estinzione per il medesimo motivo, giacché il relativo termine, una volta esercitata l'azione, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica. Si veda anche Cass., sez. V, 22 settembre 2015, D'Errico, in Mass. Uff., n. 265588.

5. Le ragioni per cui il legislatore è pervenuto ad una regolamentazione dell'istituto della prescrizione nell'ambito del procedimento contro le persone giuridiche così divergente rispetto al regime che il medesimo istituto ha in sede di processo penale nei confronti di persone fisiche sono rinvenute nella circostanza che da un lato l'illecito dell'ente è un illecito amministrativo e quindi pare opportuno il richiamo a quanto in tema di prescrizione dispone l'art. 28 lg. N.689 del 1981 e dall'altro che la disciplina contenuta nel decreto n. 231 realizza un adeguato bilanciamento fra le esigenze di durata ragionevole del processo - essendo comunque previsto un termine di prescrizione breve, pari a soli cinque anni dalla consumazione dell'illecito - e le esigenze di garantire un'adeguata completezza dell'accertamento giurisdizionale riferito ad una fattispecie complessa come quella relativa all'illecito amministrativo dell'ente. In particolare, l'effetto di un tale bilanciamento risiede nella tendenziale riduzione del rischio di prescrizione una volta che, esercitata l'azione

penale, si instauri il giudizio, con il contrappeso rappresentato dalla ridotta durata del termine di prescrizione, fissato per tutti gli illeciti in cinque anni, termine sensibilmente più breve rispetto a quanto previsto dal codice penale.

6. La disciplina suddetta è già stata denunciata per contrasto con gli artt. 3, 24, secondo comma, e 111 Cost., ma la Cassazione (Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, Bonomelli, in Mass. Uff., n. 267047; Cass., sez. II, 27 settembre 2016, Riva, sul punto non massimata) ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità, atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità *ex delicto* di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione.

Nella decisione in commento si ritiene che non vi sia alcuna violazione del principio della ragionevole durata del processo e del diritto di difesa anche perché il legislatore ha tenuto conto di tali esigenze, da un lato fissando, all'art. 22 d.lgs. n. 231 del 2001, il termine massimo di cinque anni dalla data di consumazione del reato perché la prescrizione possa essere impedita mediante un atto interruttivo, e dall'altro escludendo in ogni caso, mediante l'art. 60 d.lgs. n. 231 del 2001, la possibilità di procedere alla contestazione dell'illecito all'ente se prima del compimento di tale atto si sia estinto per prescrizione il reato presupposto.

Quanto al possibile contrasto, denunciato nel caso di specie, con gli artt. 41 e 117 Cost in riferimento all'art. 6 della Convenzione E.D.U., si ritiene che la previsione nel D.Lgs. n. 231 del 2001 di limiti temporali raccordati alla generale disciplina civilistica in materia di prescrizione esclude l'incompatibilità del regime dettato per la prescrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato con il principio di libertà dell'iniziativa economica, mentre la dedotta violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 6 della Convenzione E.D.U. sarebbe insussistente non potendosi qualificare la responsabilità degli enti collettivi come avente natura penale. Inoltre, la pronuncia di sentenza di prescrizione nei confronti degli imputati persone fisiche non produce alcun pregiudizio per l'ente, sia perché non implica per questo alcun vincolo formale in ordine alla ricostruzione del fatto, sia perché non esonera l'accusa dal dimostrare puntualmente l'esistenza del reato presupposto, sia perché non impedisce all'ente di chiedere l'ammissione e produrre prove utili ad escludere o a far ragionevolmente dubitare della sussistenza del fatto di reato quale

imprescindibile componente della «fattispecie complessa» da cui discende la responsabilità amministrativa.

(5) 7. Per quanto ci risulta quella in commento è la prima decisione in cui si affronta il tema della regola di giudizio da applicare nel processo nei confronti della società, potendosi dubitare che lo standard probatorio da applicare in tali giudizi sia quello previsto dal codice di procedura penale o il criterio civilistico del “più probabile che no”.

Sul punto, per approfondimenti, si veda SANTORIELLO, La regola di giudizio nel processo agli enti collettivi: il criterio civilistico del “più probabile che no” o lo standard del processo penale dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”?, in Riv. Resp. Amm. Enti, 1, 2010.

(6). 8. Anche in relazione al profilo, di particolare importanza, del rapporto fra modello organizzativo richiesto dal d.lg. n. 231 del 2001 e modelli ISO, la pronuncia in esame non ha precedenti.

Rimandando per approfondimenti a BARTOLOMUCCI, Ribadita la diversità e non surrogabilità’ del modello 231 con i sistemi gestionali aziendali, in Interventi, ci limitiamo ad osservare come, nell’escludere che un’equivalenza dei due documenti, la Cassazione segnala che nel modello organizzativo non possa mancare il codice di comportamento e le relative procedure, il codice etico, le procedure per la conoscenza dei modelli ed il sistema sanzionatorio. Inoltre, la pronuncia evidenzia una significativa differenza fra i due modelli giacché i modelli ISO si riferiscono di regola 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.

Trib. Milano, sez. XI penale, ord. 30 gennaio 2017 (dep. 27 marzo 2017), n. 13844/2016; est. Corbetta.

Procedimento nei confronti degli enti collettivi – Sospensione per messa alla prova – Inammissibilità (codice penale, art. 168-bis)

L'istituto della messa alla prova non può trovare applicazione nel procedimento nei confronti degli enti collettivi (1)

(1) 1. Il tribunale di Milano esclude la possibilità di applicare l'istituto della messa alla prova ex art. 168-bis c.p. nell'ambito del procedimento nei confronti degli enti collettivi, ritenendo che la messa alla prova abbia di diritto sostanziale e rappresenti quindi una sanzione da applicare al responsabile dell'illecito.

Tale considerazione circa la natura sanzionatoria della messa alla prova impedisce di applicare l'istituto in parola al di fuori degli ambiti entro i quali la sua applicazione è rigidamente prevista.

Trib. Fermo, sez. penale, sentenza 28 febbraio 2017; est. Molfese.

Responsabilità amministrativa degli enti - Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime colpose con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro - Responsabilità dell'ente - Presupposti - Interesse o vantaggio - Apprezzamento - Contenuto - Fattispecie (D.lgs. 231/2001, artt. 5 e 25-septies)

Con riferimento alla possibile responsabilità della società per illeciti colposi, la sussistenza dell'interesse o del vantaggio dell'ente si deve accertare in relazione alla condotta colposa e non all'evento verificatosi, per cui l'interesse o il vantaggio 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. Tuttavia, in presenza di infortuni del lavoratore dipendenti dalla violazione di tali prescrizioni antinfortunistiche, per procedere alla condanna dell'ente, il giudice deve individuare quale beneficio sia derivato in capo all'ente da tali inosservanze non potendosi presupporre la ricorrenza, essendo possibile che l'infortunio del dipendente sia il risultato di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie (1)

(1) La decisione in commento presenta profili di deciso interesse.

Il presupposto del ragionamento del giudice di merito è rappresentato da un'acquisizione ormai pacifica in giurisprudenza, non suscettibile di essere più messo in discussione quantomeno a partire da Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 – cd. Sentenza Thyssen - di cui la decisione in epigrafe sostanzialmente ricalca argomentazione (si vedano anche Cass., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 2544; Cass., sez. IV, 29 aprile 2015, n. 1073). Si ribadisce infatti che non rispondono all'interesse della società e non procurano alla stessa un vantaggio la morte o le lesioni riportate da un suo dipendente in conseguenza di violazione di norme antinfortunistiche ma un vantaggio per l'ente può essere ravvisato nel risparmio di costi o di tempi che lo stesso avrebbe dovuto sostenere per adeguarsi alla normativa di prevenzione, la cui violazione è determinato l'infortunio sul lavoro. Di conseguenza ricorre il requisito dell'interesse quando la persona fisica

imputata del reato presupposto, pur non volendo il verificarsi dell'evento rappresentato dalla morte o dalla lesione del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica, mentre ricorre requisito del vantaggio quando si assiste ad una violazione sistematica delle norme di prevenzione realizzando una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza del lavoro, consentendo in entrambi i casi una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massima azione del profitto.

L'elemento di novità è però rappresentato dalla sottolineatura che, ferma la compatibilità fra il criterio di imputazione di responsabilità in capo alla società ed i delitti colposi, il giudice per pervenire alla decisione di condanna dell'ente non può esimersi dal verificare se effettivamente in capo a quest'ultimo sia maturato un beneficio economico a seguito della vicenda ed in particolare se la società ha tratto un vantaggio dalla mancata osservanza delle norme antinfortunistiche.

Evidentemente, nella gran parte dei casi, tale vantaggio economico potrà ben rinvenirsi nel risparmio dei costi conseguente alla mancata adozione dei meccanismi di prevenzione ed antinfortunistici, sicché l'infortunio del dipendente è la conseguenza – non voluta – di una scelta dell'impresa, la quale ha scelto di mettere a rischio la salute dei lavoratori per evitare di sobbarcarsi le spese necessarie per adeguare la sua struttura, i macchinari, i locali ecc. alla normativa in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro (per approfondimenti, SANTORIELLO, Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi, in Rivista 231, 42011; Sull'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali, *ivi*, 2, 2013).

Tale circostanza tuttavia non può essere data per presupposta ogni qualvolta si verifichi un infortunio in azienda e sia riconosciuta la responsabilità dell'imprenditore per le lesioni riportate dal suo dipendente. Non è raro infatti che l'evento dannoso, pur attribuibile, come detto, al dirigente dell'impresa, sia determinato da una sua negligenza o imperizia, da un suo atteggiamento colposo da cui tuttavia non è dato trarre vantaggi economici di alcun rilievo – si pensi, ad esempio, ad un errore nella scelta dei macchinari da utilizzare il cui costo è però analogo a quello che avrebbe sopportato acquistando macchine conformi ai dettami normativi o al caso in cui all'evento abbia collaborato il dipendente e la responsabilità del datore di lavoro si fondi su una mancata capacità di verificare se i propri lavoratori rispettavano o meno nello svolgimento dei loro compiti le prescrizioni di sicurezza.

ORGANISMO DI VIGILANZA

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

Organi di controllo, 231/01 e terzo settore

Sulla Gazzetta Ufficiale n.179 del 2 agosto è stato pubblicato il decreto legislativo n.117 del 3 luglio 2017 relativo al Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, c. 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

Di particolare importanza ai fini della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, degli enti e, per l'appunto, delle associazioni anche prive di personalità giuridica, è l'articolo 30 relativo agli "organi di controllo". Tale norma stabilisce una differenziazione tra le fondazioni e le associazioni – siano esse riconosciute o non riconosciute – in base alla quale per le prime deve essere nominato un organo di controllo anche monocratico, mentre nelle seconde l'obbligo sussiste solo qualora siano superati per due esercizi consecutivi due dei seguenti limiti:

- a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 110.000 euro;
- b) ricavi, rendite, proventi, altre entrate: 220.000 euro;
- c) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 5 unità.

Viceversa qualora per due esercizi consecutivi tali limiti non vengano superati l'obbligo di nomina viene meno.

Si è sempre in presenza dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo qualora siano stati costituiti patrimoni destinati a uno specifico affare ai sensi dell'art. 10 dello stesso D.Lgs. n.117/2017.

I requisiti per la nomina dei componenti (o del componente se costituito in forma monocratica) sono quelli indicati per l'elezione alla carica di sindaco all'art. 2399 del codice civile.

I componenti dell'organo di controllo devono essere scelti tra le categorie di soggetti di cui all'articolo 2397, comma secondo, del codice civile e quindi almeno un membro effettivo e uno supplente devono essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro.

I restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti fra gli iscritti negli albi professionali individuati con decreto del Ministro della giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche.

Nel caso di organo di controllo collegiale, i predetti requisiti devono essere posseduti da almeno uno dei componenti.

Per quel che attiene i compiti dell'organo in parola, abbiamo che esso è chiamato a vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, qualora applicabili, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento.

Inoltre è chiamato a esercitare il controllo contabile nel caso in cui non sia nominato un soggetto incaricato della revisione legale dei conti, ovvero nel caso in cui un suo componente sia un revisore legale iscritto nell'apposito registro.

L'ultimo comma dell'art. 30 stabilisce infine i poteri dell'organo di controllo prevedendo che i componenti possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo, e a tal fine possono chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.

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

C'è anche il 231 nel Codice del Terzo settore

In attuazione della delega contenuta nella legge 106/2016, con il D.Lgs. 117/2017 è stato emanato il "Codice del Terzo settore" (Supplemento alla G.U. n. 179 del 2.8.2017). Il Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore, e precisa che appartengono a questo settore (art. 4): "Le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute e non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, e iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore". Non sono considerati enti del Terzo settore: le amministrazioni pubbliche – di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs.165/2001 –, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza delle categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro.

Il provvedimento intende stabilire regole per le autonome iniziative dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, nonché a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa. Norme particolari valgono per gli enti religiosi civilmente riconosciuti. Il Codice è un corpo normativo complesso, composto di 104 articoli, con disposizioni riguardanti le diverse categorie di enti sopra elencati che costituiscono il Terzo settore.

Per la quantità delle materie trattate e per la loro corretta interpretazione, l'applicazione del Codice richiederà numerosi approfondimenti da parte di

più discipline. Ai nostri fini, interessa cogliere se esistano sue correlazioni e quali con il D.Lgs. 231/2001 (dopo solo decreto 231). Di immediata percezione è il riferimento alle associazioni. L'art. 1 (comma 2) del decreto 231 indica, infatti, le associazioni (anche prive di personalità giuridica) tra i suoi destinatari. Il Titolo IV del Codice – unendole alle fondazioni – stabilisce norme specifiche da applicare a questi soggetti.

Alcune disposizioni rilevano, particolarmente, per le finalità che ci si è prefissi. L'art. 21 indica gli elementi che devono essere contenuti nello statuto di questi enti “anche ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica”. L'art. 22 (comma 1) stabilisce che le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, anche in deroga alle vigenti disposizioni al riguardo e qualora lo statuto indichi gli elementi necessari a questo fine, “acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

Le norme del Titolo IV del Codice puntualizzano, di seguito, qual è la procedura per l'ammissione degli associati, quali sono le competenze e le modalità di funzionamento degli organi di governo delle associazioni e delle fondazioni, quali sono le responsabilità degli amministratori e quand'è necessaria la revisione legale dei conti. In questo contesto, l'art. 30 stabilisce che, nelle fondazioni del Terzo settore, deve essere nominato un “organo di controllo”, anche monocratico. Nelle associazioni riconosciute e non riconosciute del Terzo settore, la nomina di un “organo di controllo” (anche monocratico) è obbligatoria quando la situazione patrimoniale ed economica dell'ente abbia superato determinati limiti. Con gli altri compiti: “L'organo di controllo vigila sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, qualora applicabili, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento” (art. 30, comma 6).

La chiamata in causa del decreto 231 qui è, dunque, esplicita. Tuttavia generica, lasciando agli operatori la decisione sulla sua applicabilità o non applicabilità. Procedendo ad una ricostruzione sistematica delle norme del Codice, si possono peraltro trarre indicazioni utili al proposito.

Il possesso o il non possesso della personalità giuridica delle associazioni – indicate, come ricordato, tra i destinatari del decreto 231 – è stato ed è uno degli elementi problematici per stabilire l'assoggettamento o il non assoggettamento alla disciplina del decreto stesso. Infatti, mentre il possesso della personalità giuridica è elemento certo per concludere sull'applicazione, la sua assenza può essere fuorviante potendo portare o a un'ingiustificata estensione della soggettività passiva del decreto 231 o, attraverso interpretazioni marcatamente restrittive, all'esclusione da questa. Seguendo questa seconda linea interpretativa, si creerebbero così aree che godrebbero di una sorta di immunità – che, tra l'altro, contrasterebbe con la volontà del legislatore il quale, incaricando il Governo di emanare norme per la definizione della responsabilità amministrativa delle società e degli enti, ha espressamente stabilito che fosse applicabile tanto alle persone giuridiche, quanto agli enti privi di personalità giuridica –.

S'è detto prima che fondazioni e associazioni, iscrivendosi nel registro unico nazionale del Terzo settore, possono acquistare la personalità giuridica. Orbene, se si tiene conto delle agevolazioni fiscali concesse agli enti del Terzo settore (Titoli X e XI del Codice) – con verosimile riferimento a quelli iscritti nel registro –, si può fondatamente ritenere che gli enti suddetti, per beneficiare delle agevolazioni fiscali, tenderanno comunque ad iscriversi nel registro. Conseguentemente, acquisteranno anche la personalità giuridica. Ed il possesso della personalità giuridica costituirebbe un ulteriore elemento di certezza in merito all'obbligo di applicare le disposizioni del decreto 231.

Stando alle norme del Codice, tutte le operazioni e scelte avverranno sotto la vigilanza dell'organo di controllo, che fonderà le proprie valutazioni anche sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo. Sembra, infatti, elemento certo che l'assenza di un'organizzazione anche minimale per le ridotte dimensioni dell'ente possa rendere inapplicabile la disciplina del decreto 231.

La lettura totale del Codice può indurre a ritenere che l'applicazione della disciplina del decreto 231 potrebbe riguardare, oltre alle fondazioni e associazioni, anche altri soggetti in esso contemplati, vista anche quale strumento di lotta alla corruzione (non escludibile considerando le masse di denaro gestite da enti del Terzo settore, benché operanti senza scopi di lucro). La fluidità, tuttavia, dell'intera materia è tale da non offrire al riguardo facili ed immediate risposte.