

A distanza di oltre 15 anni dal varo del dlgs 231, l'attuazione si fa sempre più complessa

# Responsabilità enti, studi impegnati nella compliance

Pagine a cura di **ANTONIO RANALLI**

Implementare il modello richiesto alle aziende, designare membri degli organismi di vigilanza con esperienza, principalmente, nell'ambito del diritto penale e predisporre adeguati sistemi di controllo.

E la richiesta avanzata dai professionisti del settore legale sulla predisposizione dei modelli organizzativi previsti dal decreto legislativo n. 231/01 in tema di «Responsabilità amministrativa degli enti collettivi».

Una legge che a distanza di oltre 15 anni dall'entrata in vigore, seppur necessaria nell'ottica della prevenzione/repressione dei cosiddetti reati d'impresa, risulta in alcuni casi ancora difficile da mettere in pratica. Questioni che rimangono aperte anche dopo la recente riforma operata con il decreto legislativo n. 38/17 che ha apportato modifiche al reato di corruzione tra privati, di cui all'art. 2635 del codice civile, introdotto il delitto di istigazione alla corruzione tra privati (art. 2635-bis c.c.), aumentato le sanzioni pecuniarie a carico dell'ente previste per la corruzione attiva tra privati e inserito nel catalogo 231 il nuovo delitto di istigazione alla corruzione tra privati.

Inoltre, tra le varie novità in materia, il dlgs 25 maggio 2017, n. 90, entrato in vigore lo scorso 4 luglio, ha eliminato l'obbligo di comunicazione anticorruzione posto a carico dell'Organismo di vigilanza ex dlgs 231/2001. Di conseguenza i suoi componenti non sono più assoggettabili alle sanzioni penali della reclusione fino ad un anno e della multa da 100 a 1.000 euro previste dalla precedente normativa. Il nuovo art. 46 del dlgs 231/2007, infatti, pone a carico del Collegio sindacale, del Consiglio di sorveglianza e del Comitato per il controllo sulla gestione, l'obbligo di comunicazione, eliminando di fatto ogni riferimento all'Organismo di vigilanza che, nel testo previ-

gente, era inserito nell'art. 52 del decreto tra i destinatari dell'obbligo di comunicazione.

Il decreto legislativo 231 del 2001 nasce da spinte di politica criminale extraeuropee, di matrice statunitense che alla fine degli anni 90, dopo lo scandalo Enron, hanno portato alla stesura della legge



Piergiorgio Assumma

conosciuta come Sox (Sarbanes Oxley Act), recante norme sul controllo contabile nelle imprese. Successivamente, in ambito europeo, l'Ocse, ha chiesto l'adozione da parte di tutti gli stati membri di una disciplina ad hoc che prevedesse forme di responsabilità in sede penale anche per le aziende.



Mia Rinetti

«Bisogna ricordare che l'articolo 27 della Costituzione recita testualmente: «La responsabilità penale è personale». Questo vuol dire che, fino al 2001, era solo la persona fisica a rispondere dei reati da lui commessi e non la persona giuridica», spiega l'avvocato **Piergiorgio Assumma**, fondatore dello **Studio Assumma**, specializzato nel settore della consulenza alle grandi imprese, e titolare della Noinos Nike Istituto di Ricerca. «La 231 nasce come norma anticorruzione, poi con gli anni il legislatore ha ampliato notevolmente il catalogo dei reati: attualmente ci troviamo di fronte a più di 100 ipotesi di reato, tra cui, a titolo esemplificativo e non esaustivo: la

corruzione, il falso in bilancio e gli altri reati societari, il *market abuse*, la corruzione tra privati, la sicurezza e salute sui luoghi di lavoro (vedasi il caso Thyssenkrupp), il riciclaggio, i reati in materia di diritto d'autore e il caporalato.

«La nuova disciplina anticorruzione», spiega **Mia Rinetti**, partner dello Studio legale **Pavia e Ansaldo**,

«ha l'indubbio pregio di aver colmato talune lacune e dissipato quindi dubbi e incertezze interpretative correlati alla previgente normativa primaria e secondaria. Si pensi, per esempio, alla nuova definizione di «Titolare effettivo» che consente infatti di superare le difficoltà riscontrate nel passato in relazione all'esatta individuazione di tale soggetto in presenza, in particolare, di complesse strutture societarie, persone giuridiche di diritto privato e trust».

«La 231/01 è una normativa trasversale», prosegue Assumma. «Sono stati esclusi fino a ora i reati tributari, con una scelta di politica economica condivisibile, onde evitare inopportune duplicazioni sanzionatorie. Un impatto dei reati tributari nella 231 sarebbe deflagrante per tutte le società. Ricordiamo che tra le varie sanzioni della 231 c'è la chiusura della società stessa o il divieto a contrattare con la p.a., si capisce bene che entrambe rappresentano una pena capitale per l'azienda. Ciò a fronte di un impo-



Massimiliano Lei

nente sistema sanzionatorio penale e amministrativo caratterizzato da meccanismi penetranti e particolarmente insidiosi. Nella mentalità imprenditoriale italiana c'è stata molta difficoltà a recepire la 231. Questo perché circa il 90% delle aziende è di natura padronale, e non essendo società di capitali che si spersonalizzano tra consigli di amministrazione e azionisti, questa forma di controllo «imposta indirettamente» è stata mal recepita dagli imprenditori stessi. Il modello organizzativo è facoltativo e non obbligatorio. Se fosse obbligatorio andremmo contro l'articolo 41 della Costituzione, secondo cui l'iniziativa economica privata è libera. Pertanto, lo stato non può imporre un modello organizzativo alle aziende residenti sul proprio territorio».

Dall'entrata in vigore del decreto le prime contestazioni, da parte delle procure, sono partite a distanza di qualche tempo. Successivamente, dal 2004, sono arrivate le prime condanne da parte dei tribunali che hanno evidenziato i problemi di organizzazione e di controllo nell'ottica della prevenzione dei reati. Secondo la 231 l'azienda deve costruire un modello organizzativo idoneo a creare un impianto di

## I PALETTI DELLA CASSAZIONE AL MODELLO ORGANIZZATIVO

### Occhio ai modelli Iso e «Deloitte»

DI CARLO OLIVI

La Cassazione mette i paletti al concetto di «modello organizzativo e di gestione» (Mog) richiesto dal dlgs n. 231/2001 per esonerare l'ente dalla responsabilità amministrativa da reato. In una recente sentenza, la n. 41768/17, pubblicata il 13 settembre dalla sesta sezione penale della Cassazione (si veda *ItaliaOggi* del 14 settembre scorso), la Suprema corte ha fornito molte indicazioni in materia, partendo da un caso di corruzione fra politica e sanità. In particolare, gli ermellini hanno rilevato che il modello aziendale Iso Uni En Iso 9001 e «Deloitte» non possono essere considerati modelli organizzativi validi ai fini della «231». A differenza dei Mog, infatti, quello Iso non individua gli illeciti da prevenire insieme alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello. Inoltre, quel modello si riferisce essenzialmente 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.

Il modello Deloitte, poi, non contiene il codice di comportamento e le relative procedure, né il codice etico, né le procedure per la conoscenza dei modelli, né il

sistema sanzionatorio.

In materia di responsabilità amministrativa degli enti, i giudici del Palazzaccio hanno chiarito che le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni valgono anche per gli enti, secondo quanto desumibile dagli articoli 34 e 35 del dlgs 231/2001 che prevedono per l'appunto, l'uno, la generale applicabilità, nei procedimenti relativi agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, delle disposizioni del codice di procedura penale in quanto compatibili; l'altro, l'applicabilità all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato.

Le intercettazioni sono utilizzabili anche se si procede separatamente per il reato presupposto e per l'illecito amministrativo «231» perché, se è vero che si tratta di fattispecie distinte, risulta innegabile che esiste una stretta connessione tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione delle intercettazioni e quello dell'illecito amministrativo che ne scaturisce. E ciò sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico. La scissione dei procedimenti avviene per vicende successive e non perché gli illeciti penali abbiano natura eterogenea.

— Riproduzione riservata —

Supplemento a cura di **ROBERTO MILIACCA**  
rmiliacca@class.it  
e **GIANNI MACHEDA**  
gmacheda@class.it

# I legali affiancano le imprese per i modelli organizzativi

controlli (procedure, protocolli, report da parte di tutte le funzioni all'Organismo di Vigilanza ecc.) volti alla prevenzione di illeciti penali. Deve quindi essere istituito, sempre secondo il dlgs 231/01 un organismo di vigilanza. Secondo l'avvocato **Massimiliano Lei** «in ogni caso, volendo prescindere per un momento dagli aspetti collegati al dlgs 231/01, l'adozione di modelli organizzativi dotati di efficacia preventi-



Federico Lucarelli

va, può rappresentare, per le singole imprese, un'importante opportunità di razionalizzazione degli standard di controllo e del sistema di regolamentazione interna a beneficio dell'azienda stessa e dei singoli che operano nell'ambito di quel contesto, manifestando all'esterno le scelte dell'ente, ancor di più, si pensi che l'adozione del modello organizzativo, per il Codice degli appalti, opera sul sistema di valutazione del rating d'impresa».

Un aspetto che non riguarda solo le imprese tradizionali. «Spesso si pensa», precisa, l'avvocato **Federico Lucarelli**, name partner dello **Studio Legale Lucarelli**, «che la normativa del dlgs 231/2001 si applichi alle sole imprese. In realtà, invece, il legislatore ha chiaramente incluso le associazioni, anche prive di personalità giuridica, tra i soggetti che debbono rispettare gli obblighi relativi alla responsabilità amministrativa degli enti, associazioni, fondazioni e comitati, quali soggetti di diritto «meta-individuale», sono centri autonomi di imputazione di rapporti giuridici e pertanto sono tenuti agli obblighi della 231/2001. Va, comunque, specificato che l'art. 27 del dlgs 231/2001, anche per gli enti che non sono persone giuridiche, prevede che per il pagamento della sanzione amministrativa risponda il solo ente e non i legali rappresentanti e componenti degli organi amministrativi o direttivi individualmente».

Per l'avvocato **Angelo Petrone**, dello **Studio Ristuccia & Tufarelli Avvocati**, «tra le innumerevoli modifiche che hanno interessato anche la disciplina del procedimento sanzionatorio (prima art. 60, ora art. 65 del «nuovo» dlgs 231/2007) è stato precisato che nel caso (assai frequente) di «concessione di nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria per l'utilizzo, in sede amministrativa, delle informazioni o degli atti relativi ad un procedimento penale» il termine preclusivo di 90 giorni entro il quale va effettuata la contestazione ai soggetti sanzionandi «decorre dalla data di ricezione del nulla osta». Si tratta di un'integrazione rilevante e frutto di un evidente favor per le ragioni dell'amministrazione, che si vedeva frequentemente eccepire in sede di opposizione a sanzione anticiclaggio il mancato

rispetto dei 90 giorni per essere trascorsi oltre tre mesi dalla data, precedente al suddetto nulla osta dell'autorità giudiziaria, in cui la Guardia di finanza aveva già avuto contezza del possibile illecito a seguito dell'esame della documentazione bancaria. Al riguardo, in assenza di una norma chiarificatrice, si erano delineati orientamenti giurisprudenziali diametral-



Angelo Petrone

mente opposti, in quanto alcuni giudici avevano ritenuto che il nulla osta «non rileva né può incidere sul termine di decadenza» (così Trib. Roma, sentenza 10.10.2014), mentre altri avevano ritenuto che la decorrenza andava fatta coincidere con il nulla osta essendo «del tutto irrilevante l'eventuale conoscenza di fatto delle violazioni commesse che la polizia tributaria e, per via del rapporto gerarchico che la lega all'autorità amministrativa per la quale opera, il ministero dell'economia e delle finanze, abbiano potuto acquisire» (così lo stesso Trib. Roma, sentenza 4.10.2016).

Secondo l'avvocato **Rinetti** «la principale criticità della

nuova normativa anticiclaggio consiste nel fatto che



Antonella Terranova

allo stato manca la normativa secondaria di attuazione del novellato decreto legislativo 231/2007 e pertanto, come disposto dal decreto legislativo n. 90 del 25 maggio 2017, fino al 31 marzo 2018 continueranno a trovare applicazione le norme emanate dalle autorità di settore ai sensi delle norme abrogate o sostituite da tale ultimo decreto. Entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del dlgs n. 90 del 25 maggio 2017 (4 luglio 2017) dovranno, a esempio, essere emanati dalle autorità di vigilanza di settore le disposizioni attuative dell'art. 16, comma 2, del novellato decreto legislativo 231/2007 volte ad individuare i requisiti dimensionali ed organizzativi in base ai quali i soggetti obbligati dovranno dotarsi (o meno), tra l'altro, di una funzione anticiclaggio, di un responsabile di tale funzione nonché di una funzione di revisione indipendente. Sempre entro il suddetto termine il ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il quello dello sviluppo economico, dovrà emanare disposizioni attuative inerenti i dati da comunicare, le modalità di tenuta delle e di accesso alle sezioni del Registro delle imprese deputate alla conservazione dei dati relativi alla titolarità effettiva di persone giuridiche e trust. In assenza quindi di un rapido intervento da parte delle autorità di vigilanza di settore, si assisterà a un periodo di incertezza interpretativa e applicativa della nuova disciplina che riguarderà, tra gli altri in particolare, la categoria dei professionisti dato che gli interventi da parte della relativa autorità di vigilanza di settore dovranno essere più».

«L'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo passa attraverso una più efficace attività di prevenzione e di valutazione del rischio. Intorno a questo «karma» il legislatore europeo e, di conseguenza, quello italiano, hanno costruito una serie di misure a contenuto variabile», conclude l'avvocato **Antonella Terranova** dello **Studio De Berti Jacchia Franchini**

**Forlani**, «da un lato l'obbligo di segnalazione viene facilitato dal processo di identificazione delle operazioni sospette anche per mezzo dell'introduzione di indici e schemi rappresentativi di comportamenti anomali e dall'altro l'introduzione di cautele sui flussi di informazione e sistemi di whistleblowing dovrebbero allontanare il pericolo di fenomeni ritorsivi. Così come concepito, il sistema dovrebbe indurre i soggetti obbligati a ottemperare con maggiore incisività a quanto richiesto dalla normativa con funzione non solo di prevenzione ma anche di dissuasione. Se infatti gli anelli di congiunzione tra ideatori di operazioni sospette e loro realizzatori funzionassero adeguatamente, si assisterebbe verosimilmente a una riduzione del volume delle operazioni vietate. Peraltro, appare quanto mai necessaria una



Agostino Crosti

corretta applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva ai fini dell'applicazione delle sanzioni, peraltro specificatamente richiamati anche nella direttiva 2015/849, al fine di non rendere sostanzialmente impossibile o eccessivamente oneroso il delicato, sebbene gravoso, compito attribuito ai soggetti obbligati dalla normativa».

«Il primo indispensabile passo per scongiurare gli scenari penalmente più seri previsti dal codice penale e dal dlgs 231/01 è raggiungere le fasce operative e stimolare dal basso la comunicazione dei problemi verso i ruoli dirigenti, che solo avendo una chiara conoscenza dei rischi sommersi potranno compiere scelte manageriali adeguate e idonee a prevenire infortuni, reati e connesse sanzioni penali». Ne è convinto l'avvocato **Agostino Crosti**, fondatore dello **Studio Legale Crosti Manera** di Milano, specializzato in diritto penale d'impresa. «Il dlgs 231/01, oggi sempre più applicato nel contesto dei processi penali riguardan-

ti incidenti sul lavoro prevede importanti sanzioni per l'azienda che non dimostri di essersi organizzata adeguatamente per prevenire i reati in materia antinfortunistica. Un infortunio in ambito lavorativo oggi comporta forti ricadute negative sull'immagine, sul patrimonio e sul business dell'azienda, nonché sulla vita professionale e umana dei manager, che possono subire severe condanne penali, tali da comportarne addirittura l'incarcerazione, come dimostra la giurisprudenza più recente; si pensi al processo ThyssenKrupp, conclusosi nel 2016, che ha visto la condanna definitiva dei dirigenti a pene fino a oltre nove anni di reclusione. In tale contesto si è diffusa nel settore industriale italiano una forte sensibilità per questi argomenti e si avverte l'urgenza non solo di dotarsi di modelli organizzativi validi, ma anche di mettere in atto best practice che possano essere effettivamente recepite e messe in atto sia dagli organi di vertice sia dalle maestranze, con l'obiettivo comune di evitare incidenti e condanne.

Il dato con cui ci confrontiamo è che le aziende manifatturiere investono in presidi finalizzati ad aumentare il livello di sicurezza negli ambienti di lavoro, ma tali investimenti di natura tecnologica sovente vengono vanificati da una pratica del lavoro non responsabile, connotata dall'uso imprudente dei macchinari industriali da parte dei loro addetti.

Entrando nel cuore dei processi produttivi, ci siamo resi conto che in fabbrica le norme imposte dall'alto faticano ad entrare nella dimensione quotidiana del lavoro, dove prevalgono cattive abitudini e comportamenti istintivi. Per questo abbiamo messo a punto un metodo, fatto di attività, interazioni e valutazioni di feedback, incentrato sul fatto che tutti i dipendenti, inclusi i ruoli operativi, possono rispondere penalmente per non aver osservato le procedure di lavoro corrette. La nostra azione professionale non è standardizzata, ma si adatta agli specifici bisogni dell'azienda cliente. Il nostro metodo d'intervento coinvolge l'intero organigramma aziendale, entrando nelle dinamiche psicologiche e comportamentali delle persone. L'effetto di tale approccio non è solo quello di ottenere processi produttivi più sicuri, ma anche migliori relazioni tra i diversi uffici che compongono la struttura aziendale, che, per la nostra esperienza, spesso non dialogano in modo coerente e collaborativo».