



CENTRO SPERIMENTALE
DI SVILUPPO DELLE COMPETENZE
NELL'AREA DELLE COSTRUZIONI



La tua
Campania
cresce in
Europa



Monografie Edil-lab

SICUREZZA E RAPPORTI SINDACALI

La responsabilità
amministrativa
d'impresa

SRS

La responsabilità amministrativa d'impresa

Il progetto è stato promosso dall'ATI Edil-lab: mandataria CFS Napoli; mandanti STAMPA Soc. Coop. a r.l., Istituto Tecnico Statale "Della Porta - Porzio", STRESS scarl, Consorzio TRE, AMRA – Analisi e Monitoraggio del Rischio Ambiente S.c.ar.l., ACEN - Associazione Costruttori Edili di Napoli, S.I. Impresa – Azienda Speciale della CCIAA di Napoli, Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'ideazione dell'iniziativa "Monografie Edil-lab" è delle imprese Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'elaborazione della monografia è a cura dell'avv. Riccardo Imperiali

Si ringraziano per gli apporti tecnici: Roberta Ajello, Federica Brancaccio, Arnaldo Checchi, Ester Chica, Antonio Credendino, Mattia D'Acunto, Giancarlo Di Luggo, Marco Ferra, Antonio Giustino, Angelo Lancellotti, Massimo Maresca, Gabriella Reale, Barbara Rubertelli, Gaetano Troncone, Francesco Tuccillo, Diego Vivarelli von Lobstein, nonché gli uffici dell'ANCE.

Si ringrazia, inoltre, il Comitato Tecnico Esecutivo di Edil-lab nelle persone di: Paola Marone, Ennio Rubino e Stefano Russo.

Si ringraziano inoltre: l'Assessore alla Formazione della Regione Campania, Chiara Marciani, il Dirigente dell'UOD Formazione Professionale, Prospero Volpe, il Funzionario Titolare di P.O., Gerardo de Paola, ed il coordinatore amministrativo del Progetto Valerio Iacono.

editing: Giovanni Aurino

impaginazione: Emma Di Lauro

Edizioni Graffiti srl

Napoli. febbraio 2017

indice

La responsabilità amministrativa d'impresa	pag 02
Natura della responsabilità	pag 03
Soggetti responsabili	pag 05
Responsabilità 231: Profilo Oggettivo	pag 11
Responsabilità 231: Profilo Soggettivo	pag 15
Sistema Aziendale Anticrimine	pag 17
Reati Presupposto della Responsabilità 231	pag 26
Intrecci normativi	pag 28
Nuovo Codice Degli Appalti – Impatto Sul D. Lgs 231 Del 2001	pag 40

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA D'IMPRESA

Nel 2001 nacque in Italia il decreto legislativo 231, sulla scorta dell'esperienza fatta da Paesi d'oltremarica e d'oltreoceano: una norma che ha capovolto i canoni tradizionali del diritto penale e che ha introdotto un'autonoma responsabilità d'impresa a supporto delle aspettative dei legislatori verso comportamenti imprenditoriali orientati al rispetto delle leggi e a un generale principio di concorrenza leale.

L'innescò è stato provocato dagli scandali finanziari dell'ultimo ventennio, ma la miccia ha propagato il fuoco in una molteplicità di aree che nulla hanno a che vedere con la criminalità del profitto. Delitti di variegata matrice sono oggi accomunati nell'ampio catalogo dei reati inclusi nella responsabilità 231 dell'impresa (cd. **reati presupposto**). In chiave di politica legislativa, la norma 231 ha avuto successo: i PM ne fanno ricorso con disinvoltura, le sanzioni pecuniarie ed interdittive "fanno male" e all'azienda che è disposta a rivedere la propria organizzazione pur di evitarle.

NATURA DELLA RESPONSABILITÀ

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA (art. 27, Costituzione): la **responsabilità 231** delle **imprese è tecnicamente una responsabilità amministrativa**, giacché per la nostra Costituzione **la responsabilità penale è solo personale**, per cui le società non possono delinquere.

La regola deriva dal basilare principio di diritto secondo cui la responsabilità si incardina nel **collegamento tra fatto illecito e soggetto** che lo ha prodotto (**fatto proprio**) con specifica intenzione (**dolo**). L'ente, essendo un'astrazione giuridica, non sarebbe in grado né di agire fisicamente né di possedere una propria volontà, da cui la sua non imputabilità penale. Per aggirare questo ostacolo insormontabile il legislatore ha costruito la "responsabilità 231 dell'ente" come responsabilità di natura amministrativa, ma simbioticamente intrecciata alla responsabilità penale degli autori dei reati previsti dalla norma.

Di conseguenza, l'impianto presenta, sotto il profilo amministrativo:

- autonomia della responsabilità dell'ente da quella penale riferita agli autori materiali del reato;
- autonoma struttura sanzionatoria (pecuniaria ed interdittiva, oltre alla confisca) e generale prescrizione quinquennale.

Al di là di queste considerazioni, la struttura giuridica della norma trasuda di un'impostazione senza dubbio penalistica, in quanto:

- trova applicazione il codice di procedura penale nell'ambito del giudizio che riguarda la società;

- competente a giudicare l'ente sarà il giudice penale;
- l'ente avrà lo *status* di imputato - con annesso sistema di garanzia e difesa d'ufficio – ed è destinatario di un regime speciale in materia di casellario giudiziale e carichi pendenti (**anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato**).

SOGGETTI RESPONSABILI

TIPOLOGIE DI ENTI (artt. 1 e 27, D.Lgs. 231/2001): il Legislatore ha definito il perimetro dei soggetti destinatari della norma (per i quali, quindi, sorge la responsabilità d'impresa in presenza dei presupposti di legge) chiarendone i confini positivi e negativi.

Dal lato positivo, la responsabilità 231 si applica:

- **agli enti forniti di personalità giuridica** (società di capitali e cooperative, fondazioni e associazioni riconosciute, enti pubblici economici) i quali godono della distinzione del patrimonio comune da quello dei singoli soci o associati;

- **alle società e alle associazioni anche prive di personalità giuridica** (società di persone, consorzi, associazioni non riconosciute, ditte individuali) che essendo sottoposte a minori controlli statali, sono a «maggior rischio» di attività illecite.

Fra gli **enti esplicitamente esclusi vi sono lo Stato, gli enti territoriali** (Regioni, Province e Comuni) e gli enti pubblici non economici, quelli che svolgono **funzioni di rilievo costituzionale** (es. partiti politici, sindacati dei lavoratori, le Camere, la Consulta, il Csm) per i quali la struttura di questa speciale responsabilità - come, a esempio, l'applicazione delle sanzioni interdittive - sarebbe stata di difficile applicazione.

Autori dei reati

RAPPRESENTANTI, DIPENDENTI E CONSULENTI (art. 5, D.Lgs. 231/2001): il primo **presupposto** della **responsabilità 231** è dato dal **legame funzionale** esistente tra l'ente e gli autori del reato: costoro, infatti, devono essere soggetti che agiscono per

suo conto, suoi dipendenti o consulenti. Il rapporto funzionale rappresenta il primo riscontro che la pubblica accusa deve operare. In successione, il PM sarà chiamato a provare gli altri due elementi costitutivi della responsabilità, quali:

- **l'interesse o vantaggio dell'impresa** nella commissione del reato;
- **l'assenza di un adeguato Modello organizzativo** (v. art. 6, co 1, lett. a, D. Lgs. 231/01) volto a prevenire i reati commessi.

RAPPORTO ORGANICO: non tutti coloro che commettono un reato – anche se del tipo di quelli indicati dal decreto e nonostante gli effetti dell'illecito possano generare una certa convenienza per l'azienda – possono innescare la responsabilità dell'impresa in base alla norma 231. Occorre che gli **autori appartengano** a un **ben preciso novero di soggetti**, cioè che si tratti di coloro che sono legati a vario titolo all'organizzazione aziendale. Questo requisito discende dalla nota teoria della cd. **«immedesimazione organica»**: l'impresa, vale a dire la persona giuridica che ne costituisce il riferimento nell'ordinamento giuridico, è un'astrazione immateriale, diversamente dalle persone fisiche che la compongono. Affinchè una situazione giuridica (a esempio la responsabilità) possa essere ricondotta a una persona giuridica, occorre che il soggetto fisico che agisce, lo faccia per conto di questa, come se quegli atti fossero stati compiuti dalla stessa entità, tanto da far dire che tra soggetto (organo) e persona giuridica (ente) s'instaura una relazione di immedesimazione. Quindi, come l'atto giuridico compiuto dall'organo è riconducibile all'ente, così lo è anche l'illecito.

CATEGORIE SOGGETTIVE (art. 5, D.Lgs. 231/2001): secondo questo criterio, il **Legislatore 231** ha **individuato due categorie** di **soggetti qualificati** a innescare la responsabilità 231:

- i **vertici aziendali**, membri di organi rappresentativi, o gerenti di fatto (**soggetti cd. apicali**);

- i **soggetti sottoposti** alle **direttive** ed al **controllo** dei **primi**.

Nella prima situazione (vertici), una volta che il PM abbia accertato la ricorrenza dei presupposti sopra citati, spetta all'azienda dimostrare la propria innocenza evidenziando una serie di elementi precisati dal Legislatore (esistenza del Modello organizzativo, istituzione dell'Organismo di Vigilanza, efficacia del sistema, elusione fraudolenta dei controlli). Nella seconda, è l'accusa che deve dimostrare, oltre ai presupposti di cui sopra, che l'illecito è stato reso possibile a causa della violazione degli obblighi di direzione o vigilanza da parte dei vertici.

Deleghe di poteri

POTERI DELEGATI (art. 6, co. 2, D.Lgs. 231/2001): nel sistema organico dell'impianto 231, la responsabilità dell'impresa deriva dalla commissione di determinati reati con tornaconto aziendale, commessi da soggetti cd. apicali (vertici e manager) o sottoposti. La **norma 231** cita che *«in relazione all'estensione dei poteri delegati»* i **modelli devono rispondere a specifiche caratteristiche**. In questo quadro, quindi, il sistema delle deleghe di poteri serve per determinare la responsabilità individuale dell'autore dell'illecito nonché meglio inquadrare la responsabilità dell'impresa. Difatti, una corretta distribuzione dei poteri è alla base dell'adeguata costruzione dei presidi (competenze)

e dei controlli, componente fondamentale del Modello organizzativo anticrimine. Inoltre, il sistema delle **deleghe consente di stabilire se l'autore dell'eventuale reato fosse in posizione apicale o sottoposta. Distinzione rilevante**, in quanto nei **due casi sono diversi**:

- i presupposti della responsabilità aziendale (se il reato è commesso dal soggetto apicale, l'ente è responsabile salvo prova contraria, mentre per i sottoposti è vero il contrario);
- l'onere probatorio (per gli apicali la prova a discolta spetta all'azienda, per il caso di reati commessi da sottoposti, è invece l'accusa che deve provare gli addebiti);
- gli elementi a discolta dell'ente (per il caso di reati da parte di apicali sono complessi, per i sottoposti sono più semplici).

ASPETTI GENERALI SULLE PROCURE: le deleghe di poteri (giuridicamente procure speciali) devono descrivere i poteri di gestione conferiti, l'estensione dei poteri di rappresentanza ed i limiti del potere di firma e/o di spesa. È importante che le procure siano corrispondenti alla reale situazione di fatto e, quindi, che siano aggiornate tempestivamente in ogni caso di evento incompatibile con la prosecuzione del mandato (assunzione di nuove responsabilità e poteri, trasferimento ad altri incarichi operativi, dimissioni, licenziamento, revoca, ecc.).

La **verifica periodica** relativa al **sistema delle procure aziendali dovrà:**

- vagliare caso per caso quale sia la situazione giuridica e fattuale oggetto della delega di funzione;
- approfondire e analizzare il contenuto del potere trasferito;

- verificare il coefficiente di autonomia del soggetto delegato.

PROFILI DI LEGITTIMITÀ DELLE PROCURE: il procedimento di verifica della tenuta giuridica del sistema delle procure aziendali deve esaminarne la conformità ai seguenti canoni:

- **effettività:** il conferimento di poteri deve essere reale ed effettivo (non fittizio), nonchè supportato da autonomia decisionale e di spesa in relazione alle funzioni delegate;
- **specificità:** il contenuto della delega dev'essere dettagliato e puntuale; in altri termini, la delega di funzioni – per produrre un effetto traslativo della responsabilità – deve risultare da un atto dal tenore inequivoco nel definire i poteri del delegato ed i suoi limiti;
- **adeguatezza:** la delega coniughi esattamente il potere alla relativa area di responsabilità del delegato, sulla base dell'organigramma e delle linee di riporto gerarchico e funzionale;
- **forma scritta:** la delega deve essere conferita per iscritto, sulla base di specifiche norme interne o disposizioni statutarie, utilizzando strumenti in grado di assicurarne l'adeguata pubblicità;
- **efficacia:** il delegante deve essere assolutamente certo della capacità gestionale e dell'efficienza del delegato il quale deve possedere i requisiti professionali di un buon dirigente, all'altezza del delicato compito che gli viene affidato. Viceversa, la consapevolezza del delegante di motivi di inidoneità all'incarico del delegato renderebbe la delega fittizia ed inefficace;

- **non ingerenza del delegante:** una volta perfezionata la delega, l'organo delegante non può più interferire operativamente nella sfera gestionale del delegato se non in funzione di controllo e verifica periodica dell'attività di quest'ultimo.

RESPONSABILITÀ 231: PROFILO OGGETTIVO

LEGAME TRA REATO ED ENTE (artt. da 5 a 7, D.Lgs. 231/2001 ed art. 2049 c.c.): non è la prima volta che un illecito compiuto da un dipendente provochi delle conseguenze negative in capo al proprio datore di lavoro. L'illecito può avere natura:

- civile, come nel caso di un dipendente che in viaggio per ragioni di lavoro causi un incidente stradale con danni ad altri automezzi,
- penale, qualora il sinistro, restando nel medesimo esempio, provochi la morte o lesioni gravi di terzi per colpa del dipendente alla guida. In entrambi i casi, l'impresa, come datore di lavoro, sarà tenuta, in via indiretta, al risarcimento dei danni causati dal proprio dipendente durante la propria attività lavorativa.

Il decreto 231, invece, ha introdotto una nuova forma di responsabilità diretta dell'azienda, nel caso in cui i soggetti specificati commettano reati, dalla realizzazione dei quali l'ente ricavi un proprio tornaconto (il decreto parla di *interesse o vantaggio*). Vi è quindi uno specifico collegamento tra reato ed ente espresso dal beneficio che l'azienda trae dalla commissione del reato.

TORNACONTO DELL'ENTE (art. 5, co. 1, D.Lgs. 231/2001 ed art. 27, Costituzione): se la legge si fosse limitata a individuare la riferibilità dell'illecito all'azienda (imputabilità) tramite la sola relazione organica esistente tra ente e autore del reato (cioè la mera constatazione del legame tra l'autore del reato e l'ente di riferimento), si sarebbe corso il rischio di addebitare all'impresa una responsabilità anche in casi di delitti commessi

dai rappresentanti e collaboratori, in totale autonomia e per proprio esclusivo tornaconto. Questa conclusione, invece, è espressamente esclusa dalla norma in quanto non sarebbe risultata conforme al principio costituzionale per cui la **responsabilità discende solo da fatto proprio**. In altre parole, affinché l'illecito sia imputabile all'azienda come fatto proprio è senza dubbio necessario che sia riscontrabile un rapporto organico con il reo ma questo non basta, in quanto occorre anche che l'azienda ricavi da tale condotta un proprio interesse o vantaggio. In conclusione, è stato correttamente ritenuto che fosse necessario distinguere, a esempio, il caso dell'**amministratore** che **falsifica** il **bilancio** per **appropriarsi illecitamente** dei **proventi** occultati, rispetto al caso del medesimo **rappresentante** che **effettua** tali **artifici contabili** per **creare fondi** neri da utilizzare per corrompere pubblici funzionari nell'assegnazione di gare d'appalto. Solo questo secondo caso, in presenza degli altri presupposti citati, fa scattare la responsabilità dell'ente, in quanto solo in tale circostanza l'impresa ne trae benefici in via prospettica (interesse) o come effettivo conseguimento (vantaggio). Di conseguenza, si perviene a una prima importante conclusione: un **illecito rientrante** fra i **reati presupposto**, commesso da uno dei soggetti indicati dalla norma, nel proprio esclusivo interesse, **non espone l'azienda di appartenenza** a responsabilità persino nell'eventualità che questa non abbia adottato alcun Modello organizzativo e, quindi, sia da considerarsi teoricamente negligente.

DISTINZIONE TRA INTERESSE E VANTAGGIO (art. 5, co. 1, D.Lgs. 231/2001): dopo questa prima precisazione, viene in evidenza una seconda importante considerazione:

lo scenario giuridico ipotizzabile assume connotati diversi a seconda che si sia in presenza dell'uno o dell'altro dei due profili su cui si è costruito il tornaconto aziendale. Secondo la struttura della legge 231, **si ha tornaconto aziendale** quando i **reati vengono commessi**:

- nell'**interesse** (cioè, nel coinvolgimento attivo o nella prospettiva di una potenziale utilità futura per l'impresa) **oppure**;
- a **vantaggio** (cioè, a seguito della constatata convenienza per l'azienda dell'**attività criminosa oggetto di responsabilità**).

L'interesse è un **elemento soggettivo** che si accerta verificando se all'atto del **compimento dell'illecito**:

- la persona fisica avesse la convinzione di beneficiare l'ente (finalità soggettiva e individualistica);
- tale azione risultava conforme alla politica d'impresa che perciò era in qualche modo connivente.

Entrambi gli elementi devono coesistere. Diversamente, in assenza di una politica aziendale connivente, si verrebbe ad ammettere una responsabilità dell'ente anche rispetto a fatti di reato assolutamente ininfluenti al perseguimento degli obiettivi aziendali.

Il vantaggio, invece, è un **elemento oggettivo**, consistente nella **constatazione** di un **beneficio** per l'azienda conseguente dall'illecito, da valutare a reato avvenuto.

DIVERSITÀ DI EFFETTI E INTERESSE ESCLUSIVO DEL REO: la constatazione dell'interesse aziendale verso l'illecito ovvero l'accertamento di un suo vantaggio

conseguente al reato, producono conseguenze giuridiche diverse. Infatti, la prova di un vantaggio aziendale (come potrebbe essere il caso di una minore imposizione fiscale dell'azienda (vantaggio) derivante dall'illecito storno di fondi da parte dell'amministratore infedele (riduzione dell'imponibile) non è sufficiente – di per sé – a creare la responsabilità 231 dell'impresa. Invero, in questa circostanza, la prova che il reato sia stato compiuto nell'interesse esclusivo dell'autore (rappresentante/dipendente) – come nell'ipotesi in cui si riesca a dimostrare che il citato amministratore intendeva accaparrarsi personalmente dei proventi stornati – esclude la responsabilità dell'ente. La **prova dell'esclusività dell'interesse del reo supera qualsiasi ulteriore elemento di addebito**, come a esempio la eventuale constatazione del fatto che l'impresa abbia comunque tratto vantaggio dal reato o persino l'ipotesi di accertata negligenza organizzativa dell'azienda perché priva di un modello anticrimine. La natura assorbente dell'interesse esclusivo del reo deriva dal fatto che in questo caso l'azione è riconducibile esclusivamente all'autore del reato ed è, quindi, estranea all'impresa. Pertanto, l'azienda non sarà responsabile per il fatto altrui (del rappresentante/dipendente). Se, invece, viene provato l'interesse aziendale (anche in combinazione con l'interesse del reo) questo esclude che si possa configurare un interesse esclusivo dell'autore del reato. Per cui le porte d'accesso alla responsabilità 231 dell'azienda rimangono aperte. D'altro canto se non si riesce a provare che l'autore abbia agito nel suo esclusivo interesse, l'accusa potrà limitarsi a dimostrare che l'ente ne abbia tratto un vantaggio.

RESPONSABILITÀ 231: PROFILO SOGGETTIVO

DIFETTO ORGANIZZATIVO: la **responsabilità 231** **sorge** da un *fatto proprio compiuto consapevolmente* dall'impresa. Nella costruzione giuridica 231 l'elemento di riprovazione si traduce in una specifica forma di negligenza imprenditoriale: l'impresa risponde per *«fatto proprio colpevole»* quando non è in grado di provare di avere avuto un comportamento virtuoso, almeno sotto l'aspetto organizzativo (colpa in organizzazione). Tanto è vero che se l'illecito si realizza perché l'autore materiale del reato ha aggirato fraudolentemente il sistema aziendale anticrimine, l'impresa non sarà soggetta ad alcuna riprovazione, proprio in quanto manca l'elemento intenzionale a carico dell'ente.

PRESUNZIONE DI COLPEVOLEZZA: se il **dipendente agisce male**, nell'**interesse dell'azienda**, **questa non può «chiamarsi fuori»**. Se il reato è commesso da un organo di vertice aziendale, la responsabilità dell'impresa si presume. Per superare questa presunzione e non incorrere in responsabilità, l'azienda può dimostrare di aver fatto tutto quanto ci si può ragionevolmente attendere a scopo preventivo. Cioè che si era già dotata di un adeguato Modello organizzativo 231, inteso come baluardo di prevenzione contro il verificarsi di crimini del tipo di quello perpetrato e che – nel caso di reo apicale – il proprio rappresentante abbia agito aggirando fraudolentemente i rimedi posti dal modello anticrimine (carenza di colpa in organizzazione).

PROVA LIBERATORIA DALLA COLPA IN ORGANIZZAZIONE: CONTENUTI

ESENZIONI (artt. 6 e 7, D.Lgs. 231/2001): i requisiti della prova contraria alla «*colpa in organizzazione*» variano anche in base alla posizione aziendale rivestita dall'autore del reato. Se questi fa parte del vertice aziendale, laddove il vincolo funzionale è più stretto, l'azienda ha l'onere di dimostrare di avere avuto un comportamento ineccepibile se vuole sottrarsi alla responsabilità amministrativa. In sintesi, le si richiede di provare di avere adottato un Modello di organizzazione interna idoneo a prevenire simili illeciti, di vigilare efficacemente sul rispetto dello stesso con un apposito organo indipendente di vigilanza (OdV) e che la realizzazione del reato sia stato il frutto di una elusione fraudolenta di questo apparato interno di prevenzione. Nel caso, invece, che il reato sia compiuto da un dipendente sottoposto alla direzione di altri, c'è responsabilità dell'impresa se il comportamento illecito del dipendente (che ha generato uno o più dei reati citati) sono l'effetto della violazione da parte aziendale dei propri obblighi di direzione o vigilanza. In questo caso, tuttavia, la dimostrazione dell'implementazione concreta di un Modello organizzativo interno capace di realizzare un adeguato sistema preventivo, esclude la responsabilità dell'impresa.

SISTEMA AZIENDALE ANTICRIMINE

Modello organizzativo

MODELLO ORGANIZZATIVO (artt. 6 e 7, D.Lgs. 231/2001): il **Modello organizzativo** costituisce il perno intorno a cui gira la logica del sistema anticrimine della norma 231. Ancorché la sua adozione sia teoricamente facoltativa – nel senso che non è imposta dal Legislatore – esso costituisce un ineludibile rimedio per contenere il rischio da responsabilità 231 per le aziende. Un modello organizzativo adeguatamente strutturato per prevenire i cd. «**reati presupposto**» della responsabilità 231 e puntualmente adottato è in grado – a seconda dei casi e sulla base della valutazione di efficacia operata dal giudice – di escludere la responsabilità dell'azienda ovvero di contenerne le conseguenze sanzionatorie. Il Modello organizzativo interno a fini di prevenzione deve essere idoneo a «*garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio*».

EFFICACIA ED EFFICIENZA: per sfuggire alle sanzioni pecuniarie ed interdittive previste per le violazioni più gravi, l'azienda deve dimostrare di essersi organizzata al proprio interno in modo da fare ritenere ragionevolmente fondata la funzione di prevenzione. Il **Modello** da seguire, tracciato a grandi linee dal Legislatore, **deve dimostrarsi efficace ed efficiente:**

- **efficace**, in quanto la eventuale commissione dei reati elencati, da parte di soggetti alle dipendenze dell'impresa, deve potersi considerare come effetto di azioni eccezionali e non prevedibili;

- **efficiente**, poiché lo stesso Modello organizzativo deve essere soggetto a costante verifica ed adeguamento rispetto agli effettivi rischi esistenti.

MODALITÀ OPERATIVE: l'impianto del Modello organizzativo dovrà essere capace di prevenire tutte le **situazioni astrattamente previste** nelle ipotesi dei reati presupposto della responsabilità 231. Dal punto di vista dell'attuazione operativa in azienda questa modularità viene tradizionalmente soddisfatta suddividendo la **struttura documentale descrittiva** del Modello organizzativo in **due parti principali**:

- una, generale e valida per tutte le casistiche, in cui si illustra il quadro di riferimento normativo e si espongono sinteticamente compiti e poteri dell'Organismo di vigilanza;
- l'altra, speciale, dove si trattano, in separate sezioni, gli aspetti connessi alle specifiche tipologie di reati presupposto (es. reati contro la Pubblica amministrazione, reati societari, reati sulla salute e sicurezza sul lavoro, reati di riciclaggio e ricettazione). Conseguentemente, la parte speciale relativa al singolo reato presupposto si avvale di tutto quanto prevede l'impianto di una corretta impostazione strutturale del Modello organizzativo 231 che, in aggiunta al Documento di sintesi, prevede di norma anche il documento descrittivo sulla Disciplina e sui compiti dell'OdV, il Codice etico ed il Sistema disciplinare.

NOZIONE E VALUTAZIONE DI ADEGUATEZZA: nel sistema 231 l'attitudine del Modello organizzativo a escludere la responsabilità dell'impresa in presenza dei reati presupposto è condizionata al libero apprezzamento della sua efficacia, operato dal giudice. Proprio questa valutazione ha sollevato molte preoccupazioni in campo imprenditoriale, in considerazione del fatto che una certa giurisprudenza giungeva a

identificare l'efficacia con l'effettiva capacità dello strumento di prevenire la commissione di quei reati, secondo una valutazione *ex-post*, cioè dopo la commissione degli illeciti. Di conseguenza, se taluno di quei reati veniva ugualmente commesso, se ne doveva necessariamente dedurre l'inefficacia del Modello eventualmente presente ed adottato. Questa iniziale impostazione *deterministica* è stata successivamente mitigata dalla conferma operata dalla giurisprudenza della validità del giudizio di valutazione *ex-ante* (cioè secondo un giudizio che tenesse conto della efficacia del Modello, astrattamente considerata, in base alle condizioni presenti prima della commissione dei reati). Nonostante la inversione operata, persiste la sensazione di incertezza sul giudizio di validazione del modello.

ANALISI DEI RISCHI (art. 6, co. 2, lett. a), D.Lgs. 231/2001): l'anello più delicato della catena – quello da cui dipende la solidità o fragilità del sistema aziendale anti-crimine – è, senza dubbio, l'**analisi dei rischi** legali(AdR). Un valido Modello deriva infatti da un'attenta e puntuale **analisi dei rischi**. Si tratta di una ricognizione delle attività in seno ai processi aziendali, che pone in evidenza i ruoli e le responsabilità delle funzioni interne ed esterne coinvolte e i relativi rischi/reato cui possono andare incontro. Evidenziati i rischi sarà più agevole intervenire per impedire che essi si materializzino e che, quindi, gli illeciti si verifichino.

Codice di comportamento e Codice etico

Codice di Comportamento (art. 6, co. 3, D.Lgs. 231/2001): la **norma 231 precisa** che i **Modelli organizzativi possono essere adottati** sulla **base** di **Codici di comportamento**.

L'ANCE ha da tempo depositato presso il Ministero le proprie linee-guida per l'adozione di un Codice di Comportamento delle Imprese di costruzione finalizzato alla prevenzione dei reati ai sensi dell'articolo 6, comma 3 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e il Ministero della Giustizia, con una nota del 20 dicembre 2013, le ha giudicate idonee.

Codice etico: esso declina i principi cui è ispirata la **mission aziendale** e la concretizzazione delle regole di correttezza nei comportamenti del personale dell'azienda e dei professionisti e collaboratori che agiscono per conto della stessa, prima tra tutte il rispetto delle normative dei Paesi in cui si opera. Il Codice di comportamento dovrà riferirsi al ruolo dell'Odv, al sistema sanzionatorio creato per punire coloro che non rispettano le prescrizioni individuate, all'impegno dell'ente per la formazione continua della popolazione aziendale sul tema 231. L'inosservanza dei precetti indicati dal Codice etico deve essere oggetto di sanzione disciplinare, in quanto il sistema sanzionatorio aziendale è presupposto di efficacia del Modello.

Protocolli e funzioni

PROCESSI E PROTOCOLLI DI GESTIONE: affinché un Modello organizzativo 231 possa considerarsi adeguato è fondamentale che siano ben affrontati i processi gestionali appartenenti a quelle aree che l'analisi preliminare (AdR) ha evidenziato come aree a rischio e, quindi, sensibili. Un **processo può considerarsi ben gestito quando:**

- ne sono **chiaramente individuati i responsabili** con specifica dei **poteri**,
- si **attua** la **separazione** dei **compiti** con la previsione delle necessarie **autorizzazioni**,

- si **provvede** alla **registrazione** (tracciamento) degli **atti compiuti** e delle operazioni effettuate, in modo da poter risalire agli autori, anche a distanza di tempo (ai fini dell'imputazione delle azioni e dell'eventuale responsabilità).

SEGMENTAZIONE DI FUNZIONI: l'adeguatezza del Modello di prevenzione anticrimine richiede che per ogni processo a rischio di reato si possa risalire a:

- chi fa – che cosa – quando;
- chi autorizza – che cosa – quando;
- chi controlla – che cosa – quando;
- chi ha potere di firma – in che modo (congiunta/disgiunta) – per che cosa.

La predetta segmentazione ovvero segregazione dei ruoli è posta a salvaguardia del principio, cardine del sistema 231, secondo cui **nessuno può gestire in autonomia un intero processo**, rendendo effettiva la separazione tra chi esegue materialmente un'attività, chi l'autorizza e chi è deputato al controllo della stessa. In tal modo, eventuali operazioni illecite richiederanno, necessariamente, l'accordo di più soggetti volto ad aggirare, mediante frode, le prescrizioni del Modello organizzativo. Quindi, questa costruzione contribuirà a far sì che il sistema complessivo di gestione e prevenzione degli illeciti 231 (Modello organizzativo, Codice etico, singoli protocolli) raggiunga il livello di adeguatezza prescritto dalla norma. In aggiunta, metterà l'azienda nella condizione di poter provare l'elusione fraudolenta del sistema, qualora un soggetto «*apicale*» commettesse un reato con tornaconto per l'impresa. Tale prova, in queste situazioni, contribuisce a escludere la responsabilità dell'ente.

Organismo di vigilanza

ORGANISMO DI VIGILANZA (art. 6, D.Lgs. 231/2001): la norma prescrive che l'Organismo (OdV) sia «*dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*».

COMPOSIZIONE: si **tratta** di una **struttura di controllo** che operi stabilmente e continuativamente nella supervisione della realtà aziendale, in posizione paritaria rispetto al vertice aziendale; anche l'operato del vertice soggiace alla sfera di controllo di tale organo. La composizione dell'OdV deve essere in grado di assicurare quella posizione di terzietà e indipendenza – nei compiti di valutazione e verifica dell'efficacia del Modello organizzativo – voluta dalla legge e rimessa, nelle fasi di indagine e decisione, all'esame della magistratura. Inoltre, la necessità di evitare pericolose commistioni tra controllori e controllati, impone di escludere dalla funzione di controllo tutti quei ruoli aziendali titolari di mansioni manageriali o partecipi di decisioni operative sottoposte, come tali, alla supervisione e al sindacato dell'Odv.

RUOLO DELL'ODV: l'Organo di vigilanza, nel generale adeguamento di un'azienda al 231, si pone come momento centrale di efficacia di un corretto sistema di gestione. Nel contesto della norma, l'organo di controllo 231 dispone di un raggio d'azione limitato a due versanti:

- **verifica di effettività e adeguatezza del Modello organizzativo anticrimine;**
- **cura del necessario aggiornamento del sistema anticrimine** messo in atto. In questo modo si può garantire la continuità dell'efficacia delle misure preventive nel corso del tempo.

FUNZIONI DELL'ODV E COLLEGIO SINDACALE: com'è noto, la facoltà di attribuire al **collegio sindacale** anche i **compiti dell'OdV**, riconosciuta dalla modifica dell'art. 6 del

decreto 231, è stata presentata alle aziende come panacea di diversi mali, primo tra tutti quello dei costi che un OdV presenta.

Tuttavia, le funzioni che l'OdV racchiude in sé, in termini di generale garanzia della corretta tenuta del MO 231, controllo del suo rispetto e della sua attualità, gestione della vigilanza su attività sospette e raccolta di segnalazioni su presunte violazioni delle regole 231 aziendali, appaiono a tal punto fondamentali per dare concreta attuazione alla normativa di cui al D.Lgs. 231/2001 che è consigliabile la creazione di un organismo autonomo rispetto al collegio sindacale.

La riforma citata presenta molti elementi di criticità che sconsigliano di avvalersene. Peraltro, anche le presunte finalità di semplificazione operativa e di riduzione dei costi sembrano destituite di fondamento.

ODV E LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA: il capitolo dedicato all'OdV delle Linee Guida Confindustria per la costruzione dei Modelli organizzativi 231 è stato oggetto di una significativa rivisitazione in occasione delle ultime indicazioni del luglio 2014, grazie alle quali sono stati apportati importanti chiarimenti su alcuni aspetti operativi di controversa applicazione. Oltre a spiegare, infatti, in modo più chiaro e schematico il ruolo dell'organismo (compiti, responsabilità, requisiti, ecc.), sono stati predisposti appositi paragrafi dedicati a:

- attribuzione del ruolo di OdV al Comitato di controllo e rischi. Secondo le Linee guida, le società che sono dotate di tale Comitato possono conferirgli il ruolo di OdV vista la conformità dei requisiti di entrambi;

- compatibilità tra il ruolo di internal audit e le funzioni di OdV. Anche in questo caso le linee guida indicano, dopo aver effettuato opportune considerazioni sulla natura e poteri dell'IA, l'idoneità di tale funzione a ricoprire il ruolo di OdV.

Sistema disciplinare

SISTEMA DISCIPLINARE (art. 6, co. 2, lett. e), D.Lgs. 231/2001): la definizione di un adeguato sistema sanzionatorio costituisce un requisito essenziale dell'efficacia del Modello. Il procedimento sanzionatorio è attivabile allorché venga rilevata una violazione delle regole comportamentali (sancite dai protocolli di *due diligence* 231, dal Codice etico o dallo stesso Modello organizzativo anticrimine) da parte di un operatore aziendale e ciò a prescindere sia dall'esito del procedimento penale avviato dall'autorità giudiziaria – nel caso in cui il comportamento da censurare integri uno dei reati presupposto della responsabilità 231 – sia dall'esercizio dell'azione civile innanzi al giudice del lavoro.

OBBLIGO DELL'IMPRESA (artt. 2104-2106, c.c.): poiché la violazione accertata costituisce un evidente sintomo di malfunzionamento del sistema anticrimine e di sopravvivenza di rischi all'interno dell'organizzazione, la **reazione** dell'**impresa** è comunque **dovuta** per **due ordini** di **ragioni**:

- l'**inerzia** a fronte dell'evento verificatosi ed accertato farebbe venir meno il requisito della effettività, congruità ed efficacia del modello organizzativo adottato;
- la **violazione realizzata** – in quanto potenzialmente idonea a concretare profili di responsabilità penale – mina alla base il rapporto con l'operatore aziendale, non solo nel suo aspetto fiduciario, ma anche sul piano propriamente giuridico, sostanziando quell'inadempimento alle obbligazioni contrattuali di diligenza e di fedeltà del

prestatore di lavoro per il quale è espressamente prevista dalla legge una reazione sanzionatoria da parte datoriale.

CONFORMITÀ ALLO STATUTO DEI LAVORATORI (art. 7, L. 300/1970): se la trasgressione del Modello organizzativo 231 (ossia delle regole del Codice etico e/o dei protocolli di *due diligence* elaborati *ad hoc*, ecc.) implica per legge una risposta sanzionatoria, la procedura relativa deve uniformarsi, in linea di principio, alle garanzie previste dallo Statuto dei lavoratori in merito alla contestazione dell'addebito, all'accertamento della responsabilità dell'autore, all'individuazione della sanzione e all'irrogazione della stessa.

REATI PRESUPPOSTO DELLA RESPONSABILITÀ 231

CATALOGO DEI REATI 231 (artt. 24-26, D.Lgs. 231/2001): essendosi avveduto del buon funzionamento della norma, il legislatore ha incominciato a far ricorso al «*meccanismo 231*» sempre più frequentemente, inserendovi nuove ipotesi di reato (i cd. reati presupposto) che fanno scattare l'ingranaggio della responsabilità 231 dell'impresa. La molteplicità e varietà dei cd. reati presupposto, va dai tradizionali reati di corruzione (ivi compresi, come si vedrà infra, i nuovi reati di corruzione tra privati e di induzione indebita, ecc.), a quelli societari, sino ai reati di *market abuse*, riciclaggio, crimini informatici, impiego di immigrati senza permesso di soggiorno per giungere, tra l'altro, ai casi di omicidio e lesioni colpose per violazioni di norme antinfortunistiche e i reati ambientali, senza considerare i reati che si affacciano all'orizzonte (ad es. reati tributari e delitti privacy).

Questo universo di ipotesi delittuose può creare indubbiamente sconcerto all'interno di un sano approccio pragmatico volto all'individuazione di realistiche soluzioni di contrasto. Ma, in realtà, l'osservazione ha un fondamento di verità solo apparente. In questi ultimi anni, infatti, il Legislatore ha progressivamente riempito di contenuti un articolato sistema di tutela preventiva, con il quale l'impresa è chiamata a confrontarsi. Tale **attività legislativa** (responsabilità amministrativa delle imprese, corretta gestione delle informazioni, prevenzione dalla criminalità informatica, sicurezza nei luoghi di lavoro) **risponde** a un'**esigenza comune**, che **non è in contrasto con le logiche del fare impresa**: adottare un approccio di *moral suasion* volto all'innesto di un unico

modello aziendale di riferimento che promuova un modo di operare socialmente corretto per perseguire il generale rispetto della legalità sostanziale in modo organico.

INTRECCI NORMATIVI

La norma 231 ha più punti di contatto con altri importanti sistemi normativi. L'intreccio è dovuto anche alla possibilità della norma di arricchire il catalogo dei reati presupposto di responsabilità 231 come è avvenuto nel corso degli anni. Di questi snodi citiamo solo i principali collegamenti con altre importanti leggi di sistema, utili nel mondo degli associati ACEN.

Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro

231 E TUS (art. 300, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e art. 25-septies D.Lgs. 231/2001): il Testo Unico in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro (Tus), entrato in vigore il 15 maggio 2008, è uno dei corpi normativi **più vasti** ed articolati che il Legislatore nazionale abbia prodotto. Le correlazioni con la responsabilità d'impresa (231) e con il Codice Privacy (D.Lgs. 196/03) nonché la sua rilevanza per la gestione di ogni tipo di impresa ne fanno un crocevia normativo di primaria importanza. Ancora una volta il Legislatore ha scelto di adottare un approccio avvolgente, che esige dall'azienda una risposta progettuale. Il Tus ha previsto che i reati di omicidio o lesioni colpose determinate da violazioni di misure antinfortunistiche, producano responsabilità per l'impresa ai sensi del decreto 231. In particolare, si prevede per il reato ex art. 589 c.p. una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote oltre l'applicazione delle sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno; per la commissione del delitto ex art. 589 c.p., una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote, oltre sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre

mesi e non superiore ad un anno. Infine, per il reato ex art. 590 III co. c.p., si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote oltre sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi. Quindi, se le norme antinfortunistiche o sulla tutela della salute dei lavoratori vengono disattese e a causa di questa violazione un lavoratore perde la vita o rimane gravemente infortunato, l'impresa ne risponde ai sensi del 231.

MODELLI ORGANIZZATIVI TUS E 231: la normativa sulla sicurezza del lavoro consiste in un sistema normativo che precede quello della responsabilità 231. Pietra miliare in ambito lavorativo è stato il noto decreto 626 del 1994 – oggi sostituito dal Tus - che per primo aveva provveduto a un riassetto organico delle norme della sicurezza sul lavoro già presenti dagli anni 50 nel nostro ordinamento. Già il decreto 626 aveva costruito l'impianto organico della normativa sulla sicurezza sul lavoro intorno a un Modello organizzativo, fatto di ruoli, precise funzioni e responsabilità, obblighi di intervento e vigilanza. Successivamente il Tus – anche grazie all'intersezione da esso compiuta con la normativa 231 ed all'esperienza acquisita dal 231 in questo ambito – aggiunge alla tradizionale impostazione organizzativa di matrice lavoristica quella propria concepita dal 231.

ADEGUATEZZA DEL MODELLO 231 AI FINI TUS (art. 30, Tus): in conclusione, se il **modello è conforme ai criteri indicati nel Tus** ne deriva che:

- la sua **adeguatezza è data** per certa;
- scatta la **presunzione assoluta** che il datore di lavoro abbia adempiuto all'obbligo di vigilanza sulle attività delegate;

- **viene esclusa la responsabilità del datore** per eventuali mancanze od **omissioni** dei preposti in ambito anti-infortunistico;
- **viene esclusa la responsabilità 231** dell'impresa – nelle ipotesi dei reati anti-infortunistici (omicidio colposo e lesioni gravi) causati da violazioni di norme antinfortunistiche.

La citata intersezione tra 231 e Tus dimostra la sua utilità pratica: certezza delle modalità attuative della legge e freno alla parabola di «*morti bianche*».

INNESTO DEL SISTEMA DI SICUREZZA NEL MODELLO 231: considerata la presumibile pre-esistenza del sistema aziendale di sicurezza sul lavoro rispetto all'impianto 231 di più recente costituzione, il collegamento tra i due sistemi avverrà, in pratica, assicurandosi la conformità delle attività operative alle prescrizioni presenti in ciascuno dei due contesti normativi, senza incorrere in ingiustificati accorpamenti, seppure mettendo in luce le numerose analogie.

MODELLI ORGANIZZATIVI «SEMPLIFICATI»: sempre al fine di prevenire la commissione dei reati in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, le Pmi potranno adottare Modelli di Organizzazione e Gestione della sicurezza **semplificati**.

D.M. 13 FEBBRAIO 2014: accogliendo le indicazioni organizzative semplificate contenute nel documento approvato dalla Commissione Consultiva nella seduta del 27 novembre 2013, questo decreto ha stabilito che le Pmi possono adottare MO della salute e sicurezza semplificati tali da risultare idonei per la prevenzione dei reati commessi in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25-septies, D.Lgs. 231/01)

PROCEDURE SEMPLIFICATE: l'allegato al decreto ministeriale fornisce indicazioni organizzative di natura operativa nella predisposizione dei Modelli (schede di analisi iniziale, piani di miglioramento, schede di manutenzione, indicazioni su come attuare la valutazione dei rischi, etc.). Le Pmi potranno modificare ed integrare la modulistica fornita nell'allegato in base alla complessità organizzativa aziendale.

Tutela dei dati personali

«**WHISTLEBLOWING**» E «**PRIVACY**»: sulla base dell'esperienza normativa di altri Paesi, il sistema aziendale anticrimine talvolta ha dato stura al **fenomeno** cd. del *whistleblowing*, vale a dire la **sollecitazione** di **segnalazioni** in **buona fede** agli **organi interni competenti**, di **notizie** di **possibili comportamenti illeciti**. Se da un lato il *whistleblowing* è considerato uno strumento importante per l'efficacia della costruzione 231, tanto da essere legislativamente disciplinato in paesi come gli Usa (*Sarbanes Oxley Act*) e la Gran Bretagna (*Public Interest Disclosure Act*), dall'altro presenta molti aspetti problematici sotto il profilo della tutela dei dati personali. E se tali problemi sembrano essersi risolti nell'ambito dell'impiego pubblico, molto resta da fare nei contesti lavorativi privati.

Ambiente

REATI AMBIENTALI: L'introduzione dei reati ambientali nel novero dei reati-presupposto 231 costituisce un ritorno di fiamma, dal momento che già dall'origine (prima bozza di decreto 231) si era previsto che i reati ambientali entrassero a far parte della responsabilità d'impresa. La previsione originaria cadeva su tipi di reato anche diversi da quelli poi introdotti nel 231, a distanza di oltre un decennio. Se si ha come riferimento la direttiva comunitaria che ha convinto il Legislatore italiano in questa

operazione (dir. 99/2008/CE), dovrebbe concludersi che non tutto è andato come previsto: la direttiva imponeva agli Stati di prevedere la responsabilità delle imprese in casi di pericolo concreto (e non solo presunto) o di danneggiamento/deterioramento delle cd. matrici ambientali (aria, acqua, suolo, flora e fauna) ovvero di danno diretto alla salute dell'uomo, caratterizzati da intenzionalità (dolo) o da grave negligenza (colpa grave). La nostra norma di recepimento, invece, sembra aver privilegiato situazioni di minore gravità e reati contravvenzionali che non richiedono la prova di dolo o colpa grave per la loro punibilità.

«231» E AMBIENTE: non tutto ciò che sanziona penalmente una violazione ambientale fa parte del «231». La legge delega del 2000, introduttiva del decreto legislativo 231/2001, già immaginava l'introduzione dei reati ambientali nell'ambito del sistema di responsabilità degli enti. In quella sede, tuttavia, l'aggancio era a una serie di fattispecie diverse da quelle poi recepite dal D.Lgs. 121/2011 - come i reati edilizi ed altri reati previsti dalla legislazione in materia paesaggistica, oggi confluiti nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. 42/2004, art. 169 e segg.) - che non hanno trovato ingresso nel «sistema» 231 oggi vigente. Anche per quanto attiene il Testo Unico Ambiente (Tua), non tutte le fattispecie penali in esso previste sono state richiamate dal 231.

TUA: il Tua è un testo unico «misto»: in parte riproduce disposizioni compilative di norme preesistenti (a es. in materia di inquinamento idrico e atmosferico la disciplina originaria risale al 1982, *idem* per i rifiuti con il decreto «Ronchi» n. 22 del 1997), in altra parte contiene disposizioni innovative (a es. in materia di Via - valutazione di impatto ambientale - e VAS - valutazione ambientale strategica - art. 4 e seg.).

REATI AMBIENTALI PRESUPPOSTO DI RESPONSABILITÀ 231: la maggiore sfera applicativa dei reati ambientali «231» è rappresentata da quelli previsti:

1. dal Tua;
2. dalla L. 150/1992 di ratifica della Convenzione di Washington sul commercio internazionale di specie protette (animali e piante);
3. dalla L. 549/1993 sulla tutela dell'ozono stratosferico;
4. dal D.Lgs. 202/2007 sull'inquinamento da navi;
5. dal Titolo VI-bis (Dei delitti contro l'ambiente) del libro secondo del codice penale.

Al contrario, i due delitti ambientali 231 introdotti nel codice penale dal decreto 121/2011 (art. 727-bis – in tema di violazioni riferite a specie animali e vegetali protette - e 733-bis – sul danneggiamento di habitat) hanno uno spazio applicativo minimo e rappresentano norme più di facciata che di sostanza.

NATURA DEI REATI AMBIENTALI 231: i reati ambientali, a eccezione di quelli compresi dal titolo VI bis del libro II del c.p. e dei citati delitti introdotti nel 2011, sono quasi tutti di tipo contravvenzionale. La natura contravvenzionale dei reati ha le seguenti implicazioni:

- un termine di prescrizione più breve rispetto ai delitti (4 anni che aumentano a 5 se interviene un atto interruttivo della prescrizione nei 4 anni);
- l'inapplicabilità di misure cautelari prima del processo e delle intercettazioni;
- l'applicabilità della procedura di estinzione del reato a carico della persona fisica mediante oblazione (art. 162-bis, c.p.), per le ipotesi in cui sia prevista la pena alternativa (arresto o ammenda e non arresto + ammenda). C'è da ricordare che in

caso di oblazione, grazie al principio di autonomia della responsabilità 231, non viene meno la responsabilità dell'ente.

RIFIUTI: l'ambito di adeguamento di un'azienda al sistema ambientale 231 dipende dalle caratteristiche produttive della stessa e dalla natura dei siti di cui si compone. Ma vi è un aspetto che interessa di regola tutte le aziende, prescindendo dalle attività svolte: la produzione di rifiuti.

Nel caso (normale) dell'azienda che non trasporta rifiuti ma si limita a produrli, un'area di rischio tipica è quella relativa alla loro classificazione, che deve essere omogenea da sito a sito. In mancanza di un sistema di gestione ambientale, si renderà necessario un protocollo relativo alle modalità di classificazione dei rifiuti e relativa assegnazione dei codici (rifiuto di tipo A: pericoloso; rifiuto di tipo B: non pericoloso).

231 E CERTIFICAZIONE AMBIENTALE: una delle maggiori criticità della novella 231 in materia ambientale riguarda la mancata correlazione con i sistemi di certificazione ambientale già consolidati in ambito sovranazionale (Iso 14001 ed Emas). Anche se è prevedibile che – almeno nei primi tempi e finché non interverranno le Associazioni di categoria ad aggiornare le proprie Linee Guida per l'implementazione dei M.O. 231 – la magistratura terrà conto dei profili di controllo in essi delineati, per quanto attiene la verifica della *compliance* 231/ambiente.

Immigrati clandestini in azienda

Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno rischia una sanzione 231. Il D.Lgs. 109/2012, infatti, ha aggiunto nell'impianto 231 l'art. 25-duodecies ampliando la gamma dei reati presupposto.

L'art. 25-duodecies recita: *«In relazione alla commissione del delitto di cui all'art. 22, co. 12-bis, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di € 150.000.»*

Il reato disciplinato dall'art. 22, D.Lgs. 286/1998 sanziona l'occupazione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, ovvero il cui permesso sia scaduto, e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, oppure esso sia stato revocato o annullato.

RESPONSABILITÀ 231: la responsabilità 231 si configura quando il datore di lavoro impieghi personale straniero privo del permesso di soggiorno e quando i lavoratori occupati sono:

- a) in numero superiore a tre;
- b) minori in età non lavorativa;
- c) sottoposti a condizioni lavorative di particolare sfruttamento (art. 603-bis, c.p.)

SANZIONE PENALE PER IL DATORE DI LAVORO: qualora il datore di lavoro commetta tale reato sarà punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa pari a 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato.

Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo ed al fine di favorire l'emersione degli illeciti, è rilasciato dal Questore, su proposta o con il parere favorevole del Procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno della durata di sei mesi che può essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale.

FINALITÀ: il Decreto 109/2012, che ha recepito la Direttiva 2009/52/Ce, ha inteso rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri della Comunità Europea per combattere l'immigrazione illegale a salvaguardia sia di evidenti aspetti umanitari, altrimenti mortificati, che di una sana e leale concorrenza tra le imprese affinché operino, tutte, nel rispetto delle leggi dello Stato.

Anticorruzione e 231

La legge anticorruzione 190/2012 «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» ha prescritto per la pubblica amministrazione un sistema organizzativo preventivo-repressivo nei riguardi dei reati corruttivi, analogo a quello 231. La norma peraltro si cala anche nel contesto 231, intervenendo in quegli ambiti in cui il privato può cercare "indebite agevolazioni" dal pubblico, dietro corrispettivi di natura illecita.

CORRUZIONE: molte e rilevanti le modifiche apportate ai due reati di corruzione e concussione. Quanto alla prima, essa rimane distinta tra la **corruzione propria** (cioè quando si corrompe per il compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio, art. 319, cp, con aumento della pena della reclusione da un minimo di quattro a un massimo di otto anni, invece che da due a cinque anni come in precedenza) e la **corruzione impropria** (cioè quando l'oggetto della corruzione è l'esercizio della funzione, art. 318, cp). Quest'ultima viene sanzionata più gravemente con la reclusione da uno a cinque anni (anziché da sei mesi a tre anni) e si applica anche all'incaricato di pubblico servizio (art. 320, cp). L'allargamento della fattispecie della corruzione propria all'incaricato di pubblico servizio comporta un ampliamento dei rischi reato che il modello anticrimine deve prevenire, richiedendone un tempestivo aggiornamento.

CORRUZIONE TRA PRIVATI: con questa fattispecie introdotta all'art. 2635 c.c., la corruzione non è più solo un reato della pubblica amministrazione. Con esso vengono puniti con la reclusione da uno a tre anni gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori che a seguito di corruzione, *«compiono od omettono atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società»*. A pari pena è punito il corruttore. Mentre se corrotti sono dei sottoposti, le pene sono ridotte. Anche questo nuovo reato è stato inserito nel catalogo 231, ma determinerà una possibile responsabilità 231 per l'impresa solo se a essa appartiene il dipendente che agisce come corruttore, cioè *«che dà o promette danaro o altre utilità»*. Le sanzioni economiche per l'impresa possono arrivare a un massimo di € 600.000 (da 200 a 400 quote).

Il rating di legalità

In un contesto di norme mirate a portare le aziende verso la miglior organizzazione possibile, non può non essere citata l'iniziativa del cd. "rating di legalità", promossa dall'Autorità Antitrust. L'idea è sorta come un'iniziativa indirizzata al mondo delle medio-grandi imprese per incentivare il comportamento virtuoso di quelle realtà che si pongono fattivamente in contrasto con la criminalità organizzata. Successivamente, la legge di conversione del decreto legge "liberalizzazioni" ne ha sancito ufficialmente la nascita a livello legislativo, ancorché come misura facoltativa. La norma rinvia a criteri di valutazione ed a misure operative regolamentari definiti nel 2012 ed aggiornati – nonché semplificati – nel 2016. Interessanti le correlazioni con il decreto 231/2001: l'assenza di misure cautelari a danno

dell'impresa o di condanne a danno della stessa e dei suoi vertici per uno dei reati presupposto 231 costituisce requisito per la concessione del rating; mentre, l'adozione di un MO 231 è fattore di incremento del rating stesso.

CARATTERISTICHE DEL RATING: proprio come accade per l'adozione del MO 231, la domanda di rating di legalità è facoltativa, richiedibile da aziende con fatturato annuo globale di almeno 2 milioni di euro riferito anche al gruppo di appartenenza, criteri e modalità stabiliti con regolamento Antitrust, requisito privilegiato per l'accesso al credito bancario.

Cosa offre il rating

L'attribuzione del rating non è solo motivo di "vanto" per la Società, tramite la vetrina fornita dalla stessa Autorità Antitrust sul proprio portale per ogni ente aggiudicatario del rating: esso deve altresì essere tenuto in considerazione in sede di concessione di finanziamenti da parte di pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario. Qualora ciò non avvenga, la banca deve trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta. La logica non è solo di tipo premiale, nei confronti di chi decide di schierarsi e fare fronte comune contro l'illegalità, ma anche di natura compensativa in quanto si sa che, almeno in alcuni contesti a maggiore tasso di criminalità, atteggiamenti virtuosi possono risultare economicamente penalizzanti. Per questo il legislatore vuole che l'effigie della legalità rappresenti un merito da far valere nell'accesso al credito.

Una volta assegnato il rating, a seguito delle dovute verifiche operate dall'Antitrust, all'impresa viene attribuito di base il punteggio di una "stelletta" ed il suo nominativo viene inserito in un elenco pubblicamente consultabile sul sito dell'Autorità. Il valore di base può

essere incrementato con l'attribuzione di un segno "+" in presenza di ulteriori requisiti quali, tra l'altro:

- L'adozione di una funzione interna o esterna di compliance legale oppure di un modello organizzativo 231
- L'adesione a codici etici associativi
- L'iscrizione a white list di enti non soggetti a infiltrazione mafiosa.

Tre segni "+" determinano l'attribuzione di una nuova "stelletta", sino ad un massimo di tre stelle, qualora vengano rispettati ulteriori requisiti specificati nel regolamento.

CONCLUSIONI: Se il rating di legalità è un requisito preferenziale per l'accesso al credito ed un pubblico attestato di correttezza in merito all'operato dell'impresa assegnataria, tanto da alimentare fiducia nei rapporti che la vedono coinvolta, tali effetti potranno prodursi solo se l'azienda adegua la propria organizzazione in tale direzione, vale a dire in presenza di un adeguato sistema aziendale di conformità al decreto 231 e di un efficace modello organizzativo di gestione e controllo, attuato secondo il dettato di tale norma.

NUOVO CODICE DEGLI APPALTI – IMPATTO SUL D. Lgs 231 del 2001

L'introduzione del Nuovo codice degli appalti di cui al D. Lgs 50/2016, ha segnato un nuovo passo in avanti verso la semplificazione e lo snellimento delle norme, nonché nella lotta alla corruzione; si è altresì cercato di guidare le imprese ad avviare una ristrutturazione e/o riorganizzazione che consenta loro di raggiungere un più alto livello di trasparenza ed affidabilità in tema di gare nei confronti della Stazione Appaltante.

Difatti l'introduzione dell'art. 83 comma 10 del D. Lgs. 50/2016 ha introdotto il *Rating d'Impresa*, un nuovo strumento di verifica che si è andato ad affiancare e per certi versi a sovrapporre al precedente art. 5-ter d.l. 1/2012 *Rating di Legalità delle Imprese*.

Come ben noto, il **Rating di legalità** contribuisce all'accesso al credito bancario nonché alla concessione di finanziamenti da parte delle PA, ha durata biennale ed è attribuito dall'Autorità Antitrust sulla base delle dichiarazioni rese (accuratamente verificate) dall'impresa. Il rating in analisi è assoggettabile a variazioni nel corso dei due anni qualora l'Autorità riscontri un deperimento dei requisiti che nella fattispecie può esser motivo di un passaggio da tre stelle, valore massimo accreditabile, ad una.

Come anticipato con l'art. 83, si introduce presso l'ANAC il sistema del **Rating d'impresa**. Sistema che si fonda sui cosiddetti *requisiti reputazionali*, elementi positivi ovvero negativi che, forti di un valore numerico assegnato loro, incidono sul punteggio reputazionale assegnabile all'impresa. Caratteristica essenziale è che il rating d'impresa sarà applicabile per la sola qualificazione delle imprese, mentre sarà ininfluente per l'attribuzione dei punteggi nelle offerte economicamente più vantaggiose. Ed è proprio nel comma 10 del

presente articolo 83 che si riscontra l'anello di congiunzione tra Rating d'Impresa e Rating di Legalità: tra gli elementi che impattano negativamente sull'impresa si possono enumerare sanzioni, illeciti amministrativi e inadempimenti contrattuali, nonché gli elementi di cui all'art. 80, comma 5, lettera c). Allo stesso modo fanno parte dei cosiddetti elementi positivi oltre all'effettiva regolarità contributiva di cui comm. 7 art 83, e all'attitudine al rispetto dei tempi e dei costi dell'esecuzione dei contratti, il già noto Rating di Legalità e il "Modello Organizzativo 231" previsto dal D. Lgs 231 del 2001.

L'ANAC con riferimento a tale modello non indica una *best practice* da seguire per sviluppare un effettivo ed efficace modello di **231** bensì un insieme di elementi che devono risultare una volta che il modello è stato effettivamente attuato. Tali elementi sono:

- Individuazione delle aree a maggior rischio di compimento di reati;
- Lo sviluppo di procedure operative idonee all'adempimento di quelle attività che presentano un maggiore rischio di compimento di atteggiamenti scorretti;
- L'adozione di pratiche gestionali delle risorse economiche funzionali ad una corretta attività imprenditoriale;
- La presenza di un sistema strutturato e adeguatamente inserito nella realtà aziendale anche a mezzo corsi formativi al personale, al fine di assicurare una tempestiva comunicazione di informazioni all' Organo di Vigilanza appositamente istituito;
- La presenza di adeguati strumenti di garanzia per i dipendenti che manifestano la presenza di illeciti;
- L'applicazione ed effettivo ricorso a strumenti di monitoraggio che attestino l'efficacia delle misure introdotte e l'effettivo utilizzo del modello attraverso la previsione di appositi organismi deputati allo svolgimento di tali attività.

Pertanto, con l'introduzione del D.Lgs. 50/2016 il rating di legalità e la normativa del modello 231 del 2001 hanno assunto nuovo vigore riproponendosi, in congiunzione con il rating d'impresa, nel panorama degli appalti pubblici. Nell'attuale contesto normativo l'ottenimento e il mantenimento di un buon rating piuttosto che l'adozione di un effettivo ed efficace modello di 231 si palesano di importanza strategica per le imprese che, dimostrando la loro collaborazione verso la trasparenza e la legalità, avranno accesso a diversi vantaggi per il loro business:

1. Con l'adeguamento al rating di legalità di cui art. 5 *ter* comma 1, il legislatore in tema di gare sottolinea come *“del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta”*.

2. Al contempo l'adozione del modello 231 apporta sia vantaggi diretti che indiretti alle società esercenti il modello organizzativo. Tra quelli diretti, abbiamo l'effetto esimente, l'analisi e l'ottimizzazione dei processi e la tutela da rischi operativi e di inefficienza che influenzano positivamente l'immagine aziendale, favoriscono lo sviluppo di una cultura aziendale prevenendo le frodi interne. A questi vantaggi si assommano quelli previsti ex D. Lgs 231/2001, che permette di prevenire i reati, permettendo così di assicurare l'azienda da sanzioni, danni al patrimonio aziendale, danni all'immagine, frodi (interne ed esterne) e la non conformità del prodotto. A questi si aggiungono vantaggi indiretti dati dal continuo

monitoraggio previsto dal modello, che favorisce l'individuazione delle inefficienze dei processi, evidenziando così le aree di miglioramento. In conseguenza di ciò il continuo monitoraggio nonché lo sviluppo di una cultura aziendale diretta all'individuazione delle inefficienze hanno come effetto l'implementazione di un ottimo sistema di qualità.

3. Infine il legislatore nel nuovo Codice Appalti fornisce un ulteriore input alle società appaltatrici prevedendo un nuovo vantaggio, per le società possedenti rating di legalità e modello organizzativo 231, che consiste in uno sgravio del 30% dei costi della garanzia per la partecipazione alle procedure di gare pubbliche come riportato dall'art. 93 comma 7 *“(...) Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità o della attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001 (...)”*

Il Centro Sperimentale di Sviluppo delle Competenze nell'area delle Costruzioni "Edil-lab" è promosso dalla Regione Campania e rappresenta uno strumento innovativo di integrazione e interazione tra i diversi attori politico-istituzionali ed economici del territorio, un "luogo" aperto e funzionale a stabili attività di sviluppo del capitale umano, abilitato a programmare iniziative formative e a favorire un sempre più effettivo incontro tra domanda e offerta di lavoro nell'edilizia.

Edil-lab rappresenta un modello innovativo che mette a sistema il mondo delle imprese, l'alta formazione, gli organismi di rappresentanza, l'Università, gli istituti scolastici e la scuola di formazione del settore edile ed ha, tra le principali finalità, l'istituzione di un Osservatorio permanente al fine di monitorare il sistema delle imprese e i fabbisogni di competenze necessari per lo sviluppo e l'incremento della competitività del settore delle costruzioni in Campania.

La collana di monografie, prodotte nell'ambito del Progetto Edil-lab, di cui la presente è parte, costituiscono in tal direzione dei vademecum di supporto alle finalità di aggiornamento e sviluppo delle competenze in edilizia.

La presente pubblicazione fa parte di una più ampia produzione – una vera e propria “collana” - di monografie multidisciplinari relativa all’edilizia, realizzata dalle imprese partners del Progetto Edil-lab, che costituisce, nell’insieme, un utile strumento di aggiornamento professionale per gli operatori attivi nel settore delle costruzioni.



Edizioni Graffiti

ISBN 978-8886 98 382 2



9 788886 983822