

Prot. n. 101/FI/RoNi

Roma, 14 maggio 2015

- AZIENDE ASSOCIATE
- SEZIONI TERRITORIALI

– LORO SEDI –

Circolare n. 101/2015

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI EX D. LGS. 231/2001: RIEPILOGO DELLA DISCIPLINA

In considerazione del sempre maggior rilievo attribuito all'adozione da parte degli enti di modelli organizzativi ex D. Lgs. n. 231/2001, quale strumento a prevenire la commissione di reati e ad introdurre principi etici nei comportamenti aziendali, si riepilogano i principi cardine della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti. Sul tema l'Associazione organizzerà prossimamente un seminario di approfondimento.

* * * * *

Alcuni recenti provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) hanno messo in grande evidenza l'importanza dei Modelli Organizzativi aziendali adottati ai sensi del [D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231](#) (“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”), quale strumento utile a prevenire la commissione di reati e ad introdurre principi etici nei comportamenti aziendali.

Il provvedimento AGCM del 4 dicembre 2014, che modifica il regolamento attuativo della Delibera della stessa Autorità n. 24075 del 14 novembre 2012 in materia di *rating* di legalità (cfr. [circolare associativa n. 31/2015](#)), individua nell'adozione del Modello Organizzativo ex D. Lgs. n. 231/2001 un fattore premiante per le imprese che concorrono per ottenere un più elevato *rating* di legalità¹.

¹ Come si ricorderà, il rating di legalità, introdotto dalla L. 24 marzo 2012, n. 27 e disciplinato dal Decreto MEF 20 febbraio 2014, n. 57, rileva:

- nei rapporti con la pubblica amministrazione ai fini del conseguimento di contributi e agevolazioni pubbliche;
- nei rapporti con le banche ai fini dell'accesso al credito.

L'intesa siglata l'11 dicembre 2014 tra AGCM e ANAC (che vigila sui contratti pubblici sotto il profilo della trasparenza in chiave anticorruzione) sancisce, tra l'altro, una collaborazione più stretta tra le due Autorità al fine di promuovere un maggiore utilizzo del *rating* di legalità.

Anche le [Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici](#) predisposte dall'ANAC, per le quali si è chiusa il 15 aprile scorso la fase di consultazione, attribuiscono rilevanza ai Modelli Organizzativi ex D. Lgs. n. 231/2001 prevedendone – nell'ambito del più ampio sistema di controllo interno ivi delineato - l'obbligatorietà per tutte le società private controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche (cfr. [circolare associativa n. 75/2015](#)).

Inoltre, pur in mancanza di uno specifico obbligo imposto da parte del legislatore nazionale, sono sempre più frequenti i casi in cui enti pubblici o altre istituzioni attribuiscono rilevanza all'adozione del modello organizzativo ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001. Sempre più enti richiedono, ad esempio, nei contratti stipulati con i terzi, l'accettazione della cosiddetta "clausola 231", sulla base della quale il contraente di un contratto dichiara di aver preso visione dei contenuti del codice etico e del modello organizzativo della propria controparte, di impegnarsi a rispettare le prescrizioni in essi esplicitate e a tenere un comportamento conforme alle previsioni in essi contenute, a pena di risoluzione dell'accordo.

Tutto ciò considerato, alla luce della nuova ed accresciuta rilevanza dei modelli organizzativi di cui al D. Lgs. n. 231/2001 e della maggiore attenzione riscontrabile, in generale, verso la *compliance* alle norme di legge e alle regole etiche poste a presidio dello svolgimento delle attività economiche e della correttezza nei fenomeni competitivi, si ritiene utile rammentare i principi cardine della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti come regolata dal D. Lgs. n. 231/2001 e, in tale contesto, la speciale funzione esimente ascritta ai modelli organizzativi aziendali.

I modelli organizzativi - va ricordato – possono essere adottati sulla base di codici di comportamento (linee guida) redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e validati dal Ministero della Giustizia.

ANAV ha predisposto sin dal 2005, in collaborazione con ANCIS, le proprie linee guida per le imprese del settore del trasporto di persone con autobus, aggiornate nel 2007, nel 2009 e, da ultimo, nel 2014 per tener conto delle nuove fattispecie di reato-presupposto via via introdotte dal legislatore. Le linee guida ANAV-ANCIS, giudicate dal Ministero della Giustizia idonee a prevenire i reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001, sono disponibili sull'*home page* del sito associativo.

1. Inquadramento generale ed ambito di applicazione

Il D. Lgs. n. 231/2001 – superando il tradizionale principio per cui la responsabilità penale è personale ("*societas delinquere non potest*") codificato nell'articolo 27 della Costituzione - ha introdotto nel nostro ordinamento un principio di **responsabilità personale e diretta degli enti per gli illeciti dipendenti da specifiche categorie di reato commesse, nell'interesse e a vantaggio degli enti stessi, da soggetti a questi legati da un vincolo organico o da un rapporto di subordinazione.**

Una responsabilità sulla cui natura – amministrativa², penale³ o di *tertium genus* rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità amministrativa e penale - si è molto discusso in questi anni sia in dottrina che in giurisprudenza. Da ultimo nel 2014 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'ambito del giudizio "Thyssenkrupp" (sent. 18 settembre 2014, n. 38343), dopo aver richiamato i diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali formatisi sulla materia, hanno qualificato il sistema previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 come un *tertium genus* che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, nel tentativo di "contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle della massima garanzia", e che risulta del tutto compatibile con i principi costituzionali⁴.

Si tratta di una responsabilità che si aggiunge e non si sostituisce a quella dell'autore dell'illecito, rispetto alla quale anzi resta del tutto autonoma, continuando a sussistere anche quando l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile e quando il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia.

A tale responsabilità l'ente può sottrarsi solo dimostrando di aver adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo aziendale, predisposto sulla base delle linee guida associative, idoneo a prevenire il rischio di commissione dei reati che sono espressamente e tassativamente individuati dallo stesso D. Lgs. n. 231/2001.

L'adozione del modello organizzativo, se si prescinde da quanto disposto dalle emanate Linee guida dell'ANAC (ancora in corso di approvazione), non è obbligatoria ai sensi del D. Lgs. n.231/2001, ma è riservata alla scelta discrezionale dell'organo amministrativo.

² Cfr. Sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476; Sez. un, 30 gennaio 2014, n. 10561; Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192; Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 42503.

³ Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654: in tale sentenza le Sezioni unite hanno sottolineato che il nuovo istituto segna l'introduzione nel nostro ordinamento di uno specifico ed innovativo sistema punitivo per gli enti collettivi, dotato di apposite regole quanto alla struttura dell'illecito, all'apparato sanzionatorio, alla responsabilità patrimoniale, alle vicende modificative dell'ente, al procedimento di cognizione e a quello di esecuzione, il tutto finalizzato ad integrare un efficace strumento di controllo sociale. Nell'occasione la Corte ha rilevato che: 1) la responsabilità della persona giuridica si aggiunge e non si sostituisce a quella delle persone fisiche, che resta regolata dal diritto penale comune; 2) il criterio d'imputazione del fatto all'ente è la commissione del reato "a vantaggio" o "nell'interesse" del medesimo da parte di determinate categorie di soggetti e, quindi, il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antiguridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica; 3) pur avendo la responsabilità dell'ente una sua autonomia, è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato.

⁴ La sentenza Thyssen ha, in particolare, escluso che il sistema delineato dal D. Lgs. n. 231/2001 violi il principio della responsabilità per fatto proprio atteso che il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, nell'interesse o a vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica, in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questa distinto. Sotto altro profilo, la Corte ha escluso che il sistema violi il principio costituzionale di colpevolezza individuando il concetto della c.d. colpa di organizzazione: "Si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione".

E', tuttavia, la rilevanza stessa delle conseguenze derivanti dalla sua mancata adozione (venir meno dell'esimente in caso di commissione di uno dei reati-presupposto) a suggerire l'opportunità di darvi attuazione e ciò anche in considerazione delle possibili conseguenze per gli amministratori, esposti ad un'azione sociale di responsabilità per i danni provocati al patrimonio dell'ente dall'applicazione delle sanzioni previste dal D. Lgs. n. 231/2001.

La giurisprudenza⁵ ha riconosciuto, infatti, che, in caso di mancata adozione del modello organizzativo e di condanna dell'ente *ex* D.Lgs. n. 231/2001, gli amministratori, oltre a rispondere penalmente dei reati commessi, rischiano di incorrere anche in una responsabilità civile per inadeguata attività amministrativa (cd. *mala gestio*). Ciò in quanto l'adozione di un modello idoneo a prevenire il rischio-reato all'interno dell'ente è una decisione amministrativa, che, seppur rimessa alla discrezionalità dell'organo amministrativo, è in grado di consentire all'ente di evitare la responsabilità amministrativa e, soprattutto, l'applicazione delle relative sanzioni pecuniarie e interdittive.

In tale ottica, l'adozione dei modelli organizzativi può essere considerata un "onere" piuttosto che una facoltà.

2. Ambito soggettivo di applicazione

Tale responsabilità investe un'amplessissima platea di soggetti collettivi che comprende tutti gli "enti forniti di personalità giuridica" e le "società e associazioni anche prive di personalità giuridica" (articolo 1, comma 2).

Per quanto di interesse delle Associate vi rientrano:

- le società, sia dotate di personalità giuridica (società di capitali e cooperative), che prive di personalità (società di persone);
- i consorzi con attività esterna (articolo 2612 c.c.) anche se non costituiti in forma di società consortile.

Ne sono esclusi, invece, i consorzi con attività interna, le imprese familiari e individuali (in quanto strutture individuali e non collettive), le associazioni in partecipazione, le associazioni temporanee di impresa e, più in generale, le entità patrimoniali/forme di collaborazione che non costituiscono un soggetto istituzionale, ma costituiscono solo una relazione contrattuale fra soggetti giuridici.

3. Presupposti della responsabilità dell'ente

3.1 Reati presupposto

La responsabilità dell'ente scatta solo in caso di condotte illecite riconducibili alle fattispecie di reato, cd. "reati-presupposto", espressamente individuate dagli articoli da 24 a 25-duodecies del D. Lgs. n. 231/2001. Trattasi, nel dettaglio, dei reati di:

⁵ Trib. Milano 13 febbraio 2008, n. 1774.

- indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (*articolo 24*);
- delitti informatici e trattamento illecito di dati (*articolo 24-bis*);
- delitti di criminalità organizzata (*articolo 24-ter*);
- concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione (*articolo 25*);
- falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (*articolo 25-bis*);
- delitti contro l'industria e il commercio (*articolo 25-bis.1*);
- reati societari (*articolo 25-ter*)⁶;
- delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (*articolo 25-quater*);
- pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (*articolo 25-quater.1*);
- delitti contro la personalità individuale (*articolo 25-quinquies*)
- abusi di mercato (*articolo 25-sexies*)
- omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (*articolo 25-septies*)
- ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché **autoriciclaggio** (*articolo 25-octies*);
- delitti in materia di violazione del diritto d'autore (*articolo 25-novies*);
- induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (*articolo 25-decies*);
- reati ambientali (*articolo 25-undecies*);
- impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (*articolo 25-duodecies*).

Con specifico riferimento al reato di “**autoriciclaggio**” si evidenzia che lo stesso è stato inserito nell'ambito del codice penale e richiamato tra i reati-presupposto di cui all'articolo 25-octies del D. Lgs. n. 231/2001 dall'articolo 3 della L. 15 dicembre 2014, n. 186 successivamente all'ultimo aggiornamento delle linee guida associative.

In base alla nuova disposizione è punito con la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da 5.000 a 25.000 euro “*chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*” (articolo 648-ter.1 c.p.)⁷. Pertanto, nel caso di reimpiego all'interno di un'attività

⁶ Si tratta, in particolare, dei reati di: false comunicazioni sociali, false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori, falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, indebita restituzione dei conferimenti, illegale ripartizione degli utili e delle riserve, illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, operazioni in pregiudizio dei creditori, formazione fittizia di capitale, impedito controllo, omessa comunicazione del conflitto di interessi, illecita influenza sull'assemblea, agiotaggio, ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori.

⁷ A differenza del “normale riciclaggio”, che presuppone l'intervento di un soggetto terzo che appunto ricicla il bene o il denaro, nel reato di autoriciclaggio, i due reati, quello presupposto di base e quello di riciclaggio, vengono compiuti dallo stesso soggetto.

imprenditoriale dei proventi dei reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente da soggetti ad esso legati da un vincolo organico o da un rapporto di subordinazione, l'ente potrà essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 25 – octies del D. Lgs. 231/2001.

Si evidenzia che il reato di “autoriciclaggio” è riscontrabile soprattutto a seguito della commissione di particolari tipi di altri reati, quali, ad esempio, quelli legati alla corruzione e quelli di natura fiscale.

In caso di reati tributari eventualmente consumati dalla società, o dall'ente in genere, è possibile, ad esempio, incorrere anche nella nuova fattispecie di reato qualora i proventi derivanti dall'evasione fiscale o il risparmio di imposta generato da dichiarazioni infedeli siano impiegati in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali. Ne deriva, quindi, che un soggetto sottoposto ad un procedimento penale per un reato tributario commesso nello svolgimento di un'attività imprenditoriale, possa essere perseguito anche per “autoriciclaggio” e che, conseguentemente, possa essere chiamato a rispondere per tale delitto anche l'ente al quale il soggetto risulta collegato.

3.2 Autori del reato

Affinchè scatti la responsabilità dell'ente è necessario (articolo 5) che i reati sopra indicati siano commessi nel suo interesse o a suo vantaggio (nel caso di reati societari unicamente nel suo interesse) da **soggetti “qualificati”** e cioè da:

- a. persone che rivestono funzioni di **rappresentanza**, di **amministrazione** o di **direzione** dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. Si tratta, in sostanza, di soggetti in posizione cosiddetta “apicale” che si pongono in rapporto “organico” con l'ente;
- b. persone sottoposte alla **direzione** o alla **vigilanza** di uno dei soggetti indicati alla precedente lettera a). Si tratta, in particolare, di soggetti titolari di **rapporto di lavoro subordinato** sottoposti alla direzione o vigilanza di uno dei predetti soggetti apicali o di titolari di funzioni delegate, nonché dei soggetti legati all'ente da **rapporti di collaborazione** (parasubordinati) comunque interessati da una attività di direzione e vigilanza da parte dell'ente, sia pur meno penetrante rispetto ai dipendenti.

La distinzione tra le due diverse categorie di autori del reato non è di scarso rilievo.

Infatti, solo **per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale sussiste una presunzione di responsabilità dell'ente**, dal momento che il soggetto apicale - in quanto collocato al vertice dell'organizzazione - esprime e rappresenta all'esterno (almeno si presume) la politica e la volontà dell'ente.

Si tratta di una presunzione relativa e non assoluta: l'ente, se vorrà andare esente da responsabilità, dovrà provare (inversione dell'onere della prova) la propria estraneità al reato commesso dal soggetto apicale, dimostrando che:

- l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire il rischio di commissione dei reati previsti dal D. Lgs. n.231/2001;
- la vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli è stata affidata ad un organo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, da parte del quale non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza;
- il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente il modello organizzativo aziendale.

Per i reati commessi da soggetti in posizione subordinata, invece, non sussiste una presunzione di responsabilità dell'ente, in quanto la volontà dell'autore del reato non è identificabile con quella dell'ente stesso e, quindi, la sua condotta criminale non è direttamente riconducibile all'ente.

In questo caso, la responsabilità dell'ente può essere invocata solo se viene accertato che il reato è stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Circostanza che deve in ogni caso escludersi se l'ente, prima della commissione del fatto, ha adottato ed efficacemente attuato modelli organizzativi previsti dallo stesso D. Lgs. n. 231/2001 idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Dunque, nel caso di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui vigilanza, l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi non costituisce l'unica forma di esonero dalla responsabilità, dal momento che l'assenza della *culpa in vigilando* può essere dimostrata anche in mancanza degli stessi.

2.3 Interesse o vantaggio dell'ente

L'articolo 5 del D.Lgs. n. 231/2001 richiede che l'illecito sia commesso **nell'interesse o a vantaggio** dell'ente, in quanto solo la presenza di uno dei due elementi concretizza quel legame tra condotta criminale dell'autore ed ente che consente di considerare il reato come fatto proprio dell'ente stesso.

In merito ai due citati presupposti, la relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 231/2001 chiarisce che:

- all'**interesse** va attribuita una valenza "*soggettiva*", in quanto è riconducibile alla volontà dell'autore materiale del reato che deve aver agito avendo come fine quello di realizzare uno specifico interesse dell'ente. L'indagine sulla sussistenza del requisito dell'"*interesse*" va effettuata, pertanto, *ex ante*;
- al **vantaggio** va attribuita una valenza "*oggettiva*", riferita ai risultati effettivi della condotta dell'autore materiale del reato. L'indagine sulla sussistenza del "vantaggio" (che può essere conseguito dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse) va eseguita *ex post*.

Interesse e vantaggio sono criteri tra di loro alternativi, in quanto l'autore del reato può agire nell'interesse dell'ente e non procurargli alcun vantaggio oppure agire non direttamente o esclusivamente nell'interesse dell'ente, ma anche nel proprio interesse e, ciò nondimeno, conferire un vantaggio all'ente.

Va altresì precisato che **i requisiti dell'interesse e del vantaggio sono criteri pienamente compatibili anche con la struttura degli illeciti colposi**, nonostante la difficile compatibilità concettuale, sottolineata in dottrina, tra la “non volontarietà dell'evento” che caratterizza i reati colposi e la formula adottata dal D. Lgs. n. 231/2001 basata sulla finalizzazione della condotta al perseguimento di un'utilità o vantaggio.

L'introduzione dell'articolo 25-septies, che ha inserito nel novero dei reati-presupposto quelli di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, ha mostrato, tuttavia, che l'interesse dell'ente può sussistere anche nel momento in cui vengono compiuti reati colposi. Infatti, come rilevato anche dalla giurisprudenza⁸, relativamente ai reati colposi i predetti criteri sono da riferire non all'evento, ma alla condotta dell'autore, antecedente all'evento, che colposamente non ha osservato le regole cautelari per un interesse o a vantaggio dell'ente.

4. Modelli organizzativi

Il modello organizzativo ha la funzione di prevenire il rischio di commissione dei reati previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 e, quindi, al ricorrere di determinate circostanze, di sollevare l'ente da responsabilità laddove tali reati siano comunque commessi. Al precedente paragrafo 3 si è visto, infatti, che:

- in caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale, l'ente sarà esente da responsabilità amministrativa se dimostra che il reato è stato commesso (e poteva essere commesso) solo mediante l'elusione fraudolenta, da parte del soggetto apicale, di un modello organizzativo, efficacemente attuato, idoneo a prevenire il rischio di commissione del reato stesso;
- in caso di caso di soggetto sottoposto all'altrui direzione o vigilanza, il modello organizzativo (sempreché efficacemente attuato ed idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi) esclude sempre la responsabilità amministrativa dell'ente.

L'adozione del modello organizzato ha una sua rilevanza anche laddove avvenga dopo la commissione dell'illecito. In tal caso, infatti, il modello consente la riduzione della sanzione pecuniaria comminata (articolo 12) e la non applicazione delle sanzioni interdittive (articolo 17) laddove, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente abbia:

- risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero si sia comunque adoperato in tal senso;
- eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato;
- messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

La responsabilità di decidere se l'ente debba adottare le misure richieste dalla legge per usufruire della esimente spetta al massimo vertice amministrativo dell'ente medesimo e, quindi, al consiglio di amministrazione .

⁸ Cfr. Sent. Tribunale Trani 11 gennaio 2010.

Vediamo quali devono essere i contenuti di un modello organizzativo 231.

Innanzitutto, come evidenziato anche dalle linee guida ANAV, alla base del modello organizzativo si pone – sebbene non espressamente previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 - l'adozione formale, da parte del massimo vertice dell'ente, del **codice etico** aziendale che racchiude regole e principi cui l'ente intende conformarsi al fine di prevenire il rischio di commissione dei reati (tra quelli previsti dal D. Lgs. n. 231/2001) che l'ente stesso ha scelto di “mettere sotto controllo”.

Al fine di orientare in modo etico i comportamenti dell'ente, il codice detta, quindi, l'insieme dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti delle sue parti interessate (pubblica amministrazione, dipendenti, fornitori, clienti, azionisti, altre parti interessate, ecc.) ed ha lo scopo di prescrivere e/o inibire comportamenti determinati, anche indipendentemente da quanto previsto a livello normativo.

Accanto al codice etico, il modello organizzativo disciplinato dal D. Lgs. n. 231/2001 rappresenta l'insieme degli strumenti necessari e sufficienti ad organizzare, gestire e controllare le attività dell'ente in modo da offrire una ragionevole garanzia che queste si realizzino in conformità alla legge e al codice etico adottato dall'ente.

Per rispondere a tale funzione il modello organizzativo deve:

- *individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati.* Si tratta di procedere ad una mappatura delle aree aziendali, che, tenendo conto delle caratteristiche, dimensioni e contesto reale nel quale opera l'azienda, sono più esposte al rischio di commissione dei reati ex D. Lgs. n. 231/2001;
- *definire specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.* Va tenuto presente che l'efficacia di un modello organizzativo dipende dalla sua idoneità in concreto ad elaborare meccanismi di decisione e controllo idonei a ridurre il rischio di reati in relazione alle caratteristiche, alle dimensioni e al contesto reale nel quale opera l'azienda. L'attività dell'ente va organizzata, quindi, **in modo puntuale**⁹ al fine di garantire la *best practice* in sede di formazione ed attuazione delle decisioni aziendali. Ad esempio, assumono rilievo:
 - * la proceduralizzazione dell'attività di impresa, tenendo presente che ogni operazione deve essere verificabile, documentata, congrua e coerente;
 - * la delega di funzioni a soggetti competenti;
 - * la predisposizione di efficienti flussi informativi in ambito aziendale;

⁹ La mancanza di prescrizioni puntuali, che consenta flessibilità e margini di manovra, è stata verosimilmente una delle cause più importanti del mancato riconoscimento della validità esimente alla quasi totalità dei modelli, nel corso dei vari procedimenti, da parte dell'autorità giudiziaria.

- * la separazione di compiti tra coloro che svolgono fasi cruciali nell'ambito di un processo a rischio (nessuno può essere destinatario di poteri illimitati, nè gestire in autonomia un intero processo);
 - * l'attribuzione di poteri autorizzativi e di firma coerenti con le responsabilità organizzative e gestionali;
- *individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati mediante un protocollo specifico;*
 - *prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;*
 - *introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.*

Affinchè al modello sia riconosciuta un'efficacia esimente, il legislatore richiede una "efficace attuazione" dello stesso, nel senso che, oltre alla corretta elaborazione dei protocolli e delle procedure idonee ad evitare la commissione di determinati reati, il modello deve assicurare a livello pratico l'efficacia delle misure predisposte. A tal fine l'articolo 7, comma 4 del D. Lgs. n. 231/2001 richiede:

- una verifica periodica del modello e, se del caso, il suo aggiornamento (es.: in caso di significative violazioni delle prescrizioni, di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività, di sostanziali modifiche normative, ecc);
- un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

5. Organismo di vigilanza

L'Organismo di Vigilanza, previsto dall'articolo 6, comma 1, lettera b) del D. Lgs. n. 231/2001, è – insieme al modello organizzativo - un elemento indispensabile ad assicurare all'ente l'esonero dalla responsabilità amministrativa per i reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da soggetti in posizione apicale o da soggetti alla direzione o vigilanza di questi.

L'Organismo di Vigilanza (OdV), dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, ha il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo, di curarne l'aggiornamento e di verificarlo periodicamente. La vigilanza deve essere concretamente svolta dall'OdV, in quanto l'ente non risponde del reato solo se "*non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza ..*".

Per poter svolgere in modo efficace i propri compiti l'OdV deve essere dotato di:

- 1. autonomia ed indipendenza** rispetto ai soggetti controllati. A tal fine l'OdV va sottratto alla gerarchia aziendale e posto in una posizione di riporto diretto rispetto al vertice

aziendale, allo scopo di garantire la sua terzietà ed indipendenza di giudizio. Per le stesse esigenze di autonomia ed indipendenza deve escludersi che le funzioni di OdV possano essere assegnate a strutture/funzioni dell'ente, cui siano attribuite deleghe operative e/o importanti poteri decisori in quanto in potenziale conflitto d'interessi e difficilmente ravvisabili come dotate della necessaria autonomia e indipendenza;

2. **professionalità.** I soggetti responsabili dei controlli devono possedere le competenze tecniche professionali necessarie per l'efficace svolgimento delle attività richieste, anche se non è escluso che l'OdV possa svolgere le sue attività avvalendosi anche di consulenti esterni, adeguatamente qualificati. L'articolo 6 del D. Lgs. n. 231/2001 precisa che nelle società di capitali le funzioni dell'OdV possono essere svolte dal collegio sindacale (o dal consiglio di sorveglianza nelle s.p.a. con modello dualistico o dal comitato per il controllo di gestione nelle s.p.a. con modello monistico);
3. **continuità di azione.** L'OdV deve svolgere un'azione di controllo e di vigilanza sistematica e dedicata esclusivamente al funzionamento del modello organizzativo e alla sua osservanza da parte dell'ente, onde evitare che controlli carenti possano inficiare l'efficacia del modello stesso.

L'OdV può essere collegiale o monocratico in relazione alla complessità della struttura dell'ente (dimensioni, articolazione interna, dislocazione sul territorio, presenza su determinati mercati particolarmente a rischio, ecc.).

Ai fini della composizione dell'OdV come organo collegiale o monocratico, non è possibile fissare limiti quantitativi, né in termini di fatturato, né di numero di dipendenti dell'impresa interessata, in quanto **la complessità dell'organismo di controllo va valutata caso per caso** a seconda dei risultati dell'analisi dei rischi, dalla quale emergano quante aree, processi, funzioni devono essere assoggettate a controllo. Nelle realtà di piccole dimensioni che non si avvalgano della facoltà prevista dall'articolo 6, comma 4 (secondo cui i compiti dell'OdV possono essere assolti dall'organo dirigente), la composizione monocratica ben potrebbe, comunque, garantire le funzioni demandate all'OdV.

Come evidenziato nelle linee guida associative, ai fini del corretto funzionamento dell'OdV, nell'atto dell'adozione del MOG l'organo dirigente deve individuare formalmente (preferibilmente per il tramite di un protocollo):

- le modalità di **funzionamento dell'OdV** (modalità di nomina, durata, revoca, compensi, *etc.*);
- i **poteri**: devono essere garantite la generale e più ampia libertà di azione e di accesso dello OdV, l'insindacabilità delle sue azioni (per le quali l'OdV risponde unicamente al vertice dell'ente), l'obbligo di collaborazione e di informazione da parte di ciascuno, l'assenza della previsione di forme di consensi preventivi, la dotazione di risorse sufficienti al suo corretto funzionamento *etc.*;

- i **requisiti** (es. onorabilità, assenze di condanne, assenza di conflitti di interesse o di legami di affari o parentela con gli organi sociali, assenza di interdizione anche temporanea dai pubblici uffici, ecc.);
- i **flussi informativi** destinati all’OdV: un efficace controllo da parte dell’OdV è condizionato dal fatto che gli uffici facciano avere di loro iniziativa comunicazioni di aggiornamento quantomeno sulle attività più sensibili e che le persone non tralascino di segnalare eventuali problematiche;
- le **modalità di comunicazione alla struttura dell’ente dei compiti dello OdV, dei suoi poteri e delle conseguenze, anche sanzionatorie, in caso di omessa od insufficiente collaborazione con lo stesso.**

5. Sistema disciplinare

Le violazioni delle misure organizzative previste dal modello 231, per il danno che sono suscettibili di arrecare all’ente, rappresentano una lesione del rapporto di fiducia che intercorre tra autore della violazione ed ente stesso e giustificano, di conseguenza, azioni disciplinari a carico di chi le commette.

La previsione di un sistema disciplinare *ad hoc* che punisca la violazione delle misure indicate nel modello organizzativo – applicabile a tutti i soggetti (subordinati e non) che possano esporre l’ente alla responsabilità amministrativa di cui al D. Lgs. n. 231/2001 - è da rintracciare nel combinato disposto degli articoli 6 comma 2, lettera e) e 7, comma 4, lettera b) dello stesso decreto.

Si tratta di un sistema interno all'azienda, indipendente dagli altri procedimenti per infrazioni disciplinari, nonchè distinto ed autonomo rispetto al sistema sanzionatorio penale conseguente all’eventuale commissione di reati nel senso che:

- a) può trovare applicazione anche se non è stato commesso alcuno dei reati-presupposto previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, laddove si siano verificate condotte atte a compromettere l'efficacia del modello 231 e la sua capacità di prevenire il compimento dei reati stessi;
- b) nell’ipotesi in cui uno dei reati-presupposto sia stato commesso, l’ente non è tenuto, prima di agire nei confronti del soggetto, ad attendere il termine del procedimento penale eventualmente aperto dalla magistratura, ma deve dare corso comunque corso alla procedura disciplinare.

Ai fini della “costruzione” del sistema disciplinare, le linee guida ANAV precisano che:

- per i lavoratori collegati all’ente da un rapporto di lavoro subordinato è possibile integrare, tramite opportune e specifiche aggiunte, il sistema disciplinare contrattuale ove già esistente;
- per i lavoratori non titolari di rapporto di lavoro subordinato occorre costruire (quasi sempre) *ex novo* un sistema di meccanismi sanzionatori *ad hoc* idonei ed efficaci, da inserire, per quanto possibile, nei contratti o titoli (mandati, nomine, incarichi, ecc.) in virtù dei quali il terzo operi.

Viene precisato, inoltre, che il sistema disciplinare deve essere portato a conoscenza degli interessati mediante adeguate forme di pubblicità, deve prevedere la contestazione per iscritto all'autore della violazione commessa ed il riconoscimento della possibilità di contraddittorio, la tipizzazione delle violazioni passibili di azioni disciplinari e delle relative sanzioni da applicarsi secondo criteri di proporzionalità (a tal fine rilevano l'intenzionalità della condotta, l'eventuale reiterazione della violazione, il ruolo rivestito dall'autore della violazione nell'ambito dell'ente, la rischiosità della condotta rispetto al reato-presupposto, ecc.).

6. Il sistema sanzionatorio ex D. Lgs. n. 231/2001

L'ente responsabile di un reato commesso da un soggetto appartenente alla sua struttura organizzativa (apicale e non), è soggetto al sistema sanzionatorio delineato dal D. Lgs. n. 231/2001, che prevede l'applicazione di:

- **sanzioni pecuniarie;**
- **sanzioni interdittive;**
- **confisca;**
- **pubblicazione della sentenza di condanna.**

Lo scopo delle sanzioni amministrative è quello di colpire direttamente o indirettamente il profitto dell'ente, disincentivando la commissione di reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

La **sanzione pecuniaria** è la sanzione principale generale, si applica sempre e non è ammessa la formula ridotta salvo alcuni specifici casi. Come già visto sopra, infatti, l'articolo 12 del D. Lgs. n. 231/2001 prevede la riduzione della sanzione pecuniaria quando l'ente: abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero si sia comunque adoperato in tal senso; abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato; abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

La sanzione è determinata attraverso un sistema basato su "quote" in numero non inferiore a cento e non superiore a mille, aventi un importo unitario che può variare da un minimo di €258 ed un massimo di €1.549. Dunque, in linea generale (e salvi i distinguo che potrebbero farsi con riferimento ai vari reati), la sanzione minima applicabile è di €25.800, mentre la massima è di €1.549.000.

Spetta al giudice determinare il numero delle quote con cui sanzionare il reato, tenendo conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente, nonché dell'attività svolta per eliminare od attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione.

Il D. Lgs. n. 231/2001 stabilisce, inoltre, che venga sempre disposta, anche per equivalente, la **confisca** del prezzo o del profitto del reato. Anche la confisca è dunque sanzione principale

obbligatoria che deve essere necessariamente disposta in caso di riconoscimento della responsabilità dell'ente.

Oltre alla sanzione pecuniaria e alla confisca, per la maggior parte dei reati, possono anche essere applicate **sanzioni interdittive** (salvo che non ricorrano i presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria ridotta) nel caso in cui l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale (ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative) ovvero in caso di reiterazione degli illeciti.

Le sanzioni interdittive specificamente previste dal D. Lgs. n. 231/2001 sono:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione;
- la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi, e/o la revoca di quelli eventualmente già concessi;
- il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Le sanzioni interdittive sono applicabili secondo criteri di proporzionalità, idoneità e gradualità ed hanno una durata non inferiore a 3 mesi e non superiore a 2 anni. Il giudice, inoltre, può applicare all'ente in via definitiva la sanzione del divieto esercizio dell'attività, di contrattare con la pubblica amministrazione o pubblicizzare beni o servizi, quando è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

Nei casi in cui sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva non definitiva, che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente, per la stessa durata della sanzione interdittiva, da parte di un commissario laddove:

- l'ente svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione comporterebbe un grave pregiudizio alla collettività;
- l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, a causa delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio, ripercussioni sull'occupazione.

Il Decreto prevede, inoltre, che le sanzioni interdittive possano essere anche applicate in via cautelare e, dunque, prima dell'accertamento della responsabilità dell'ente quando sussistono gravi indizi in ordine alla responsabilità dell'ente ed un concreto pericolo di reiterazione degli illeciti.

7. Le linee guida ANAV

Le linee guida ANAV contengono indicazioni specifiche per il settore del trasporto di persone pubblico e privato su gomma per l'adozione e l'attuazione da parte degli enti (imprese) dei

modelli di organizzazione, gestione e controllo finalizzati alla prevenzione dei reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001.

Le *guidances* associative sono articolate in tre parti:

- una **parte generale**, che partendo dall'analisi giuridica della disciplina del D. Lgs. n.231/2001, individua in maniera analitica le attività da compiere per definire un sistema organizzativo idoneo a prevenire il rischio di commissione dei reati e, ove efficacemente attuato, ad esimere l'ente da responsabilità amministrativa.

A tal fine, il documento individua: i presupposti, i contenuti e le finalità del codice etico; i criteri e i diversi *step* che è possibile compiere per la costruzione di modelli organizzativi aziendali idonei a prevenire il rischio di commissione dei reati (dalla mappatura delle aree di rischio all'individuazione del livello di rischio accettabile, alla definizione del sistema di prevenzione/controllo e all'approvazione e manutenzione del modello organizzativo); le regole e i principi cui ispirarsi per la "costruzione" di un efficace sistema disciplinare, l'individuazione delle sanzioni e dei relativi criteri di applicazione in rapporto alle violazioni commesse; la costituzione dell'Organismo di Vigilanza con relativa individuazione dei requisiti, dei compiti e dei poteri.

Si evidenzia che, al fine di supportare concretamente l'ente nella messa a punto del proprio modello, le linee guida ANAV hanno individuato un flusso-tipo delle varie fasi di attività da svolgere. Si tratta, tuttavia, solo di una proposta metodologica atta a guidare e facilitare in concreto le attività dell'ente, che resta, comunque, libero di adottare lo schema proposto ovvero di modificarlo con l'unico vincolo di rispettare i requisiti (cogenti) disposti dal D. Lgs. n. 231/2001;

- un **allegato con "schede reati"** dedicate all'analisi giuridica delle singole fattispecie di reato previste dal D. Lgs. n. 231/2001, completo di esemplificazioni relative sia alle modalità/occasioni di commissione dei reati che ai controlli preventivi utili a diminuire o minimizzare il rischio reato all'interno dell'impresa.

Al riguardo si evidenzia che - fermo restando che nelle 'schede reati' sono state contemplate, per completezza e per ogni esigenza di documentazione degli enti, tutte le tipologie criminose richiamate dal D. Lgs. n. 231/2001 - un esame più puntuale è stato riservato ai reati peculiari o di impatto particolare per le imprese rappresentate da ANAV. Tra questi sono da ricomprendere i reati di cui agli articoli 24¹⁰ e 25¹¹ posti a tutela di beni quali l'economia pubblica, il patrimonio, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Ciò in quanto la produzione ed erogazione di servizi di trasporto pubblico comporta l'accesso e la gestione di fondi e risorse pubbliche (contributi di esercizio, corrispettivi, finanziamenti in conto investimenti, ecc.) ed il governo di un numero elevato di processi e di rapporti costanti

¹⁰ Si tratta dei reati di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

¹¹ Si tratta dei reati di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione.

con pubbliche amministrazioni (es. per la partecipazione a gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di trasporto). Particolare attenzione è stata altresì dedicata ai reati di cui all'articolo 25-septies¹², per la rilevanza che - anche nel settore del trasporto di persone con autobus - riveste il tema della sicurezza sui luoghi di lavoro;

- un **allegato con “schede sanzioni”**, nel quale sono riportate le sanzioni pecuniarie ed interdittive applicabili ed i collegamenti sinottici delle sanzioni ai rispettivi reati.

Le linee guida associative sono state validate dal Ministero della giustizia dopo i controlli di cui agli articolo 5 e ss del D.M. 26 giugno 2003, n. 201 e giudicate idonee a raggiungere lo scopo della prevenzione dei reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001 ***“impregiudicata ogni valutazione sulle modalità di implementazione del codice e sulla concreta attuazione dei modelli di organizzazione e gestione da parte dei singoli enti”***.

Le predette linee guida saranno, comunque, oggetto di ulteriore aggiornamento in considerazione del recente inserimento nel “catalogo” dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti del nuovo reato di “autoriciclaggio” (nuovo articolo 25-octies del D. Lgs. n. 231/2001, introdotto dall'articolo 3 della L. 15 dicembre 2014, n. 186), sebbene le procedure indicate per l'abbattimento del rischio di incorrere in “responsabilità amministrativa” per la commissione dei reati ex artt. 648 bis (Riciclaggio) e 648 ter c.p. (Impiego di denaro, beni ed utilità di provenienza illecita) possano rappresentare già un primo riferimento utile anche per il contrasto del reato di nuova introduzione.

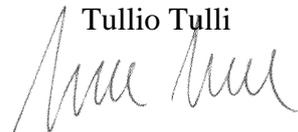
* * * * *

Nel rimandare per ogni ulteriore approfondimento ai contenuti delle linee guida associative, gli uffici associativi e con riserva di ritornare sull'argomento anche attraverso un seminario che si terrà prossimamente, gli uffici associativi restano a disposizione (Nicoletta Romagnuolo: romagnuolo@anav.it – 06 48793014) per ogni ulteriore informazione o chiarimento.

Distinti saluti

IL DIRETTORE GENERALE

Tullio Tulli



¹² Si tratta dei reati di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.