D.Lgs. 231/2001

Responsabilità «amministrativa» da reato degli enti

maggio 2019

CENTRO STUDI BORGOGNA

STUDIO LEGALE VENTIMIGLIA

IL D.LGS. 231/2001
LA RESPONSABILITÀ «AMMINISTRATIVA» DA REATO DEGLI ENTI

Soggetti destinatari della disciplina 231:

- gli enti forniti di personalità giuridica;
- le società;
- le associazioni (anche prive di personalità giuridica).

(***esclusi:*** *lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale)*

"sostanziale" superamento del principio "*societas delinquere non potest*":

RESPONSABILITÀ «AMMINISTRATIVA» DELL'ENTE PER I REATI COMMESSI DALLE PERSONE FISICHE AD ESSO RIFERIBILI

L'ENTE RISPONDE AI SENSI DEL D.LGS. 231/2001 QUANDO:

UN SOGGETTO "RIFERIBILE" ALL'ENTE

(ossia un soggetto in posizione apicale oppure sottoposto al controllo/vigilanza di un soggetto apicale)

commette uno dei **REATI PRESUPPOSTO**

+

tale reato è commesso (eventualmente "anche") nell' **INTERESSE** o a **VANTAGGIO** dell'Ente

Salvo che sia stato adottato ed efficacemente attuato (prima della commissione del reato) un idoneo **MODELLO DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO**

REATI PRESUPPOSTO

- Indebita percezione di erogazioni pubbliche, 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);
- Delitti informatici e trattamento illecito di dati;
- Delitti di criminalità organizzata;
- Reati contro la Pubblica Amministrazione (corruzione, concussione, induzione a dare o promettere utilità);
- Falsità in monete, carte di pubblico credito, valori di bollo e strumenti di riconoscimento;
- Delitti contro l'industria e il commercio (come, ad esempio, la contraffazione, la frode in commercio, ecc.);
- Reati societari (es. il reato di false comunicazioni sociali): la Legge 190/2012 ha introdotto all'art. 25 *ter*, co. 1, il reato di "Corruzione tra privati" *ex* art. 2635, co. 3, c.c. e all'art. 25, co. 3, il reato di "Induzione indebita a dare o a promettere utilità" *ex* art. 319 *quater* c.p.;
- Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico;

REATI PRESUPPOSTO

- Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili;
- Delitti contro la personalità individuale;
- Abusi di mercato (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato);
- **Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime** in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza del lavoro;
- **Ricettazione e riciclaggio, autoriciclaggio**, impiego di denaro, beni o altra utilità di provenienza illecita;
- Delitti in materia di **violazione del diritto d'autore**;
- Induzione a non rendere dichiarazioni/rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria;
- **Reati ambientali**, individuati ai sensi del Codice Penale, del Codice dell'Ambiente e delle leggi speciali;
- Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare;
- **Razzismo e xenofobia (nuovo art. 604 *bis* c.p., introdotto dal D.Lgs. 21/2018).**

SOGGETTI APICALI E SOGGETTI SUBORDINATI

SOGGETTI "APICALI"

"*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*".

(art. 5, co. 1, lett. a) D.Lgs. 231/2001)

SOGGETTI "SUBORDINATI"

"*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza*" di uno dei soggetti apicali.

(art. 5, co. 1, lett. b) D.Lgs. 231/2001)

ONERE DELLA PROVA

REATO COMMESSO DA **SOGGETTI APICALI** (art. 6 D.lgs. 231/2001)

PRESUNZIONE DI "COLPEVOLEZZA":

L'ente non risponde solo se prova che:

a. l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato – prima della commissione del fatto – un **modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi**;
b. il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello (nonché di curarne l'aggiornamento) è stato affidato ad **un OdV dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo**;
c. i soggetti apicali hanno commesso il reato **eludendo fraudolentemente il modello**;
d. da parte dell'OdV **non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza**.

Segue… ONERE DELLA PROVA

REATO COMMESSO DA **SOGGETTI SUBORDINATI** (art. 7 D.lgs. 231/2001)

⇨

PRESUNZIONE DI "INNOCENZA":
La responsabilità dell'ente è esclusa se l'ente – prima della commissione del fatto – ha adottato ed efficacemente attuato un **modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.**

SANZIONI

PERSONE FISICHE (SOGGETTI APICALI E SUBORDINATI) → SANZIONI PENALI

ENTI → SANZIONI AMMINISTRATIVE

- **SANZIONI PECUNIARIE**
- **SANZIONI INTERDITTIVE**
- **CONFISCA**
- **PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA DI CONDANNA**

SANZIONI

SANZIONE PECUNIARIA (art. 10 D.lgs. 231/2001):

- sempre applicata e calcolata per "quote" (min. 100, max. 1.000);
- il numero delle quote è determinato sulla base della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente e di quanto fatto per eliminare/attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire ulteriori illeciti;
- l'importo di ciascuna quota (min. € 258, max. € 1.549) è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente.

CONFISCA (art. 19 D.lgs. 231/2001):

È sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, anche per equivalente.

SANZIONI

SANZIONI INTERDITTIVE (art. 13 D.lgs. 231/2001):

Le sanzioni applicabili sono:

- interdizione dall'esercizio dell'attività;
- sospensione/revoca di autorizzazioni/licenze/concessioni;
- divieto di contrattare con la P.A.;
- esclusione da agevolazioni/finanziamenti/contributi/sussidi (ed eventuale revoca di quelli già concessi);
- divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Sono applicate se:

- il profitto del reato è di rilevante entità; o
- il reato è stato commesso da soggetti apicali; o
- il reato è stato commesso da soggetti subordinati, agevolati da gravi carenze organizzative; o
- vi è reiterazione degli illeciti.

PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA DI CONDANNA (art. 18 D.lgs. 231/2001):

Se è stata comminata una sanzione interdittiva, può essere disposta anche la pubblicazione della sentenza di condanna, a spese dell'ente.

ESCLUSIONE DELLA RESPONSABILITA'
ex art. 6 D.lgs. 231/2001

Adozione e concreta attuazione del **MODELLO ORGANIZZATIVO di GESTIONE e CONTROLLO**, prima della commissione del fatto di reato (lett. a).

Istituzione di un **ORGANISMO di VIGILANZA (OdV)** (lett. b).

ELUSIONE FRAUDOLENTA del Modello da parte dell'autore del reato (lett. c).

NON VI E' STATA **OMESSA O INSUFFICIENTE VIGILANZA** da parte dell'OdV (lett. d).

D.Lgs. 231/2001

Concreti strumenti di tutela

CENTRO STUDI BORGOGNA

STUDIO LEGALE VENTIMIGLIA

STRUMENTI DI TUTELA

CODICE ETICO →

- principi, politiche e valori aziendali;
- regole di comportamento.

PARTE GENERALE →

descrizione in termini chiari della disciplina *ex* D.Lgs. 231/2001 e delle norme applicabili all'ente.

PARTE SPECIALE →

- individuazione e valutazione dei rischi (*cd risk assessment*);
- determinazione delle funzioni a rischio;
- creazione e/o miglioramento dei protocolli di comportamento in ogni singola area di rischio (anche «integrando» le procedure OHSAS/ISO).

ORGANISMO DI VIGILANZA →

organismo idoneo, nel caso concreto, a vigilare sull'osservanza del modello e a curarne l'effettività e l'aggiornamento.

SISTEMA SANZIONATORIO →

sistema disciplinare e sanzioni specifiche per tutti i soggetti (sia in posizione apicale che "subordinati") riferibili all'ente in caso di violazione del modello.

CODICE ETICO

È un documento ufficiale dell'ente: non è previsto dal D.lgs. 231/2001 ma «integra» (spesso nella parte generale) e/o «precede» tale modello

Spesso è sottovalutato, nonostante sia di fondamentale importanza al fine di rendere credibili le aziende.

Indica i diritti e i doveri dell'ente nei confronti di tutti i soggetti riferibili a (e/o a contatto con) l'ente (*cd* portatori di interesse): ad es. dipendenti, soci, fornitori, P.A., consulenti, clienti.

Prevede protocolli di comportamento/principi «etici» che i soggetti riferibili all'ente si impegnano a rispettare, indipendentemente da specifiche previsioni legislative.

Deve essere conosciuto dai soggetti che rivestono una posizione (apicale o subordinata) all'interno dell'ente, i quali devono ricevere adeguata formazione e informazione e devono attenersi alle prescrizioni di tale codice etico (altrimenti, conseguenze disciplinari).

LA PARTE GENERALE DEL MODELLO *EX* D.LGS 231/2001

SINTESI DELLA DISCIPLINA E "FOTOGRAFIA" DELL'ENTE

- illustrazione in termini chiari e comprensibili, anche ai "non addetti ai lavori", delle linee fondamentali della disciplina *ex* D.lgs. 231/2001;

- individuazione delle peculiari caratteristiche dell'ente, della struttura aziendale, dei destinatari del modello organizzativo, delle aree di rischio, dei principi di "generale" applicazione

LA PARTE SPECIALE DEL MODELLO *EX* D.LGS 231/2001

GESTIONE

Individuazione/ottimizzazione di modelli di gestione dell'ente e delle sue risorse economiche. Fra l'altro, sono opportuni, per ogni singolo "tipo di reato" a rischio:

- idonei protocolli di comportamento (le certificazioni di qualità possono costituire un punto di partenza);
- implementazione di tali protocolli in relazione ai comportamenti a rischio di reato;
- la tracciabilità delle operazioni e dei pagamenti (documentazione);
- la separazione dei ruoli;
- l'oggettivizzazione dei processi decisionali (con criteri, per quanto possibile, predefiniti).

POTERI, DELEGHE, FUNZIONI

- Definizione in forma chiara, certa e precisa delle responsabilità, delle deleghe e dei poteri attribuiti;
- Redazione di organigrammi/mansionari chiari.

FORMAZIONE

Tutti i soggetti (apicali e subordinati) devono essere adeguatamente formati. La formazione/informazione deve essere realizzata sulla base di programmi specifici, sempre aggiornati e documentati.

L'ORGANISMO DI VIGILANZA NEL MODELLO *EX* D.LGS 231/2001

O.D.V.

è nominato dall'Organo dirigente della società: nella prassi, dal CdA (meglio se con la ratifica dell'assemblea dei soci); può/deve avvalersi anche di consulenze esterne.

può essere:

- un organo appositamente creato, monocratico o collegiale (preferibile);
- un organo già esistente (es. il collegio sindacale).

deve essere PROFESSIONALE, AUTONOMO e INDIPENDENTE e dunque:

- deve avere specifiche competenze (dove no, consulenze esterne);
- deve essere dotato di un proprio *budget*;
- non può "dipendere" dalla società.

IL SISTEMA SANZIONATORIO NEL MODELLO *EX* D.LGS 231/2001

Previsione di sanzioni specifiche per ogni violazione, diversificate a seconda del soggetto che le pone in essere:

- soggetti in posizione apicale/lavoratori autonomi (es. amministratori, consulenti): fra l'altro, previsione nel contratto di clausole risolutive o di revoca del mandato;
- soggetti in posizione subordinata/lavoratori dipendenti: specifiche sanzioni alla stregua di quelle previste nei CCNL e nello Statuto dei lavoratori.

"Pubblicità" dei comportamenti da adottare e delle relative sanzioni in caso di violazione (cartelli nei luoghi comuni, sito internet, circolari).

D.Lgs. 231/2001

Casi pratici

CENTRO STUDI BORGOGNA

STUDIO LEGALE VENTIMIGLIA

LE PIU' COMUNI AREE DI RISCHIO PER GLI ENTI

RAPPORTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO

REATI SOCIETARI
(fra cui la corruzione tra privati)

REATI AMBIENTALI

RICETTAZIONE E RICICLAGGIO

SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO (Art. 25 *septies* D.Lgs. 231/2001)

CASO PRATICO	GIURISPRUDENZA
Omicidio colposo (Art. 589, co. 2, c.p.): Sette operai morivano a causa di un incendio divampato nel luogo di lavoro. L'incendio era scaturito dallo sfregamento tra due elementi metallici: le scintille così determinate erano entrate in contatto con dei residui di carta imbevuta di olio (che non era stata correttamente rimossa); il fuoco raggiungeva poi un tubo in cui scorreva olio infiammabile ad altissima pressione, che (incendiandosi anch'esso) provocava il rogo. La tragedia si verificava, fra l'altro, poiché non erano state adottate tutta una serie di misure fondamentali di protezione collettiva e individuale (es. impianto di rilevazione e spegnimento automatico degli incendi).	**Corte di Assise di Torino, 15.04.2011 (ThyssenKrupp)**: La Società è stata ritenuta responsabile *ex* D.Lgs. 231/2001, poiché: ➢il reato è stato commesso da soggetti in "posizione apicale"; ➢il reato è stato commesso nell'"interesse" dell'ente, inteso come **contenimento dei costi produttivi/misure di sicurezza**; ➢il modello organizzativo *ex* D.lgs. 231/2001, pur adottato, era inidoneo alla prevenzione di tali tipi di reato; ➢peraltro, l'OdV non aveva alcun tipo di autonomia e di potere; inoltre, fra i suoi membri vi era anche il dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza (in sostanza, il controllore avrebbe dovuto vigilare sul controllato).

COSA SI SAREBBE POTUTO FARE?

ESEMPI

Struttura organizzativa ben definita, dove siano chiari i ruoli e le responsabilità di tutti i lavoratori operanti all'interno dell'ente in tema di salute e sicurezza sul lavoro.

Specifica attenzione e precisazione dei compiti e dei poteri dei soggetti coinvolti "in prima linea" nel settore salute-sicurezza. In particolare, fra l'altro:

- **RSPP** (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione);
- **ASPP** (Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione);
- Medici competenti e addetti al primo soccorso;
- Addetti per le emergenze (es. incendio).

Utilizzo di **sistemi di sicurezza idonei** (nessun "risparmio" di costi) e specifica formazione dei lavoratori.

Monitoraggio costante da parte di specifici addetti alla sicurezza (oltre che dell'OdV) e creazione di un sistema di segnalazione, da parte di tutti i lavoratori, di potenziali situazioni irregolari e/o a rischio («*whistleblowing*»).

REATI SOCIETARI
la "corruzione tra privati"
(Art. 25 *ter*, lett. s *bis*, D.Lgs. 231/2001)

ESEMPIO

Caio, funzionario della Banca Alfa, concede finanziamenti di sconfino alla società Beta S.p.A. (in misura sproporzionata rispetto all'effettivo "merito creditizio" della società), dietro corresponsione di tangenti da parte dell'amministratore di Beta.

↓

Sia il funzionario Caio che l'amministratore Tizio sarebbero considerati colpevoli del reato di **corruzione tra privati** (Art. 2635 c.c.).

↓

La società Beta potrebbe essere condannata *ex* D.Lgs. 231/2001, una volta accertato che il reato sia stato commesso (eventualmente, anche) nel suo interesse o a suo vantaggio.

COSA SI SAREBBE POTUTO FARE?

ESEMPIO DI PROTOCOLLO DI COMPORTAMENTO

*"Le persone delegate a rappresentare X S.p.A. nei rapporti con clienti, fornitori e finanziatori hanno **l'obbligo di documentare per iscritto ciascun incontro con gli stessi**, mediante redazione di verbali che riportino i seguenti contenuti minimi:*

- *oggetto/motivo dell'incontro;*
- *elenco dei partecipanti;*
- *data e luogo;*
- *contenuti discussi.*

*I verbali di tutti gli incontri dovranno essere **inviati all'Organismo di Vigilanza.***

*È espressamente **vietato fare regali o elargire denaro/altra utilità a clienti, fornitori e finanziatori**, a meno che si tratti di normali pratiche di cortesia e sempre che siano omaggi documentati e aventi attinenza con il core business della società".*

RICETTAZIONE, RICICLAGGIO E IMPIEGO DI DENARO, BENI O UTILITA' DI PROVENIENZA ILLECITA (Art. 25 *octies* D.Lgs. 231/2001)

ESEMPIO

Tizio e Caio si recano presso un punto vendita degli orologi di lusso "Gamma", acquistandone diversi modelli, pagati tutti con denaro contante in diverse rate da 999,00 euro ciascuna.

Poco dopo, Tizio e Caio vengono condannati per associazione per delinquere di stampo mafioso (art 416 *bis* c.p.): si accerta dunque che le ingenti liquidità in loro possesso provenivano dalla propria attività illecita.

Il venditore degli orologi sarebbe considerato colpevole del reato di **riciclaggio** (Art. 648 *bis* c.p.).

La società Gamma S.p.A. potrebbe essere condannata *ex* D.Lgs. 231/2001 una volta accertato che il reato sia stato commesso (eventualmente, anche) nel suo interesse o a suo vantaggio.

COSA SI SAREBBE POTUTO FARE?

ESEMPIO DI PROTOCOLLO DI COMPORTAMENTO (acquisto)

*"Tutti gli acquisti (comprese eventuali consulenze) devono essere preceduti dal compimento di **verifiche circa l'attendibilità commerciale e professionale dei fornitori**, sulla base di alcuni indici rilevanti: dati pregiudizievoli pubblici, informazioni commerciali sull'azienda, sui soci, sugli amministratori. Le verifiche devono essere **più stringenti in tutti i casi di instaurazione di rapporti con soggetti esteri.***

Ove non sia possibile una raccolta di documenti tali da poter verificare i cd requisiti di "moralità" della controparte, si devono assumere tutte le informazioni possibili al fine di valutarne l'affidabilità, assicurando la tracciabilità e la verificabilità delle stesse.
A tal fine, il Responsabile Acquisti predispone, per ogni controparte, una cartellina comprensiva di:

- *visura (per le società);*
- *ricerche CERVED;*
- *traccia delle verifiche compiute su internet;*
- *autocertificazione delle persone fisiche, che attestino di non avere precedenti penali.*

*Alfa S.p.A. può instaurare rapporti **solo con soggetti di chiara fama e dotati di referenze professionali nel settore**. È vietato procedere alla stipulazione di contratti con controparti a rischio."*

D.Lgs. 231/2001

Il c.d. «Whistleblowing»

CENTRO STUDI BORGOGNA

STUDIO LEGALE VENTIMIGLIA

SIGNIFICATO E RIFERIMENTI NORMATIVI

«WHISTLEBLOWING»

Il «Whistleblowing» è un istituto di origine anglosassone, finalizzato a regolamentare e facilitare il processo di **segnalazione di illeciti** o di altre irregolarità di cui il soggetto segnalante (c.d. «whistleblower») sia venuto a conoscenza e che prevede, per quest'ultimo, **significative forme di tutela**.

Nel panorama legislativo internazionale, la tutela del «whistleblower» fonda le proprie radici in due atti fondamentali:

- la «***Convenzione civile sulla corruzione***» del Consiglio d'Europa del 1999;
- la «***Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione***» del 2003.

Inoltre, la necessità di rafforzare la tutela di chi segnali illeciti riscontrati nel corso del suo lavoro è stata oggetto a più riprese di raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

In Italia un decisivo salto di qualità si è avuto con la recente **Legge 30 novembre 2017, n. 179**, c.d. «Legge sul Whistleblowing», che ha introdotto un sistema binario, prevedendo una tutela sia per i lavoratori del settore pubblico (modificando il T.U. pubblico impiego), sia per quelli del settore privato, ove la disciplina rilevante è quella di cui al D.Lgs. 231/2001.

WHISTLEBLOWING E MODELLO DI ORGANIZZAZIONE EX D.LGS. 231/01

La legge n. 179 del 30 novembre 2017, in particolare, ha previsto che i **modelli di organizzazione ex d.lgs. 231/01** debbano prevedere:

- Uno o più canali che consentano di presentare segnalazioni **circostanziate** di condotte illecite
- Almeno un **canale alternativo** di segnalazione, idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;
- Misure idonee a **tutelare l'identità** del segnalante
- Il divieto di atti di **ritorsione** o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati alla segnalazione e le **conseguenti sanzioni**
- Sanzioni nei confronti di soggetti che effettuino **con dolo o colpa grave** segnalazioni che si rivelino poi infondate

LE SEGNALAZIONI

Come previsto dall'**art. 6, co. 2-bis, D.Lgs. 231/2001**, soggetti apicali e sottoposti possono presentare a tutela dell'integrità aziendale, segnalazioni **circostanziate** riguardanti:

- Condotte – anche omissive – che integrano uno dei **reati presupposto**, ovvero che appaiono propedeutiche alla loro realizzazione.
- Violazioni del modello di organizzazione e di gestione adottato dalla Società, e dunque qualsiasi **scostamento dalle procedure** in vigore.

Devono essere fondate su **elementi di fatto** che siano **precisi e concordanti**

ESEMPIO DI FLUSSO INFORMATIVO E PROCEDIMENTO

Il «whistleblower» segnala in forma anonima un fatto che può costituire il reato di corruzione tra privati

Ricezione della segnalazione

La segnalazione è pertinente e circostanziata?

NO

ARCHIVIAZIONE

SI

Investigazione e raccolta di ulteriori informazioni

La segnalazione dà esito positivo

Comunicazione al segnalato dell'avvio del procedimento che lo riguarda

Coinvolgimento delle Risorse Umane

Conclusione del procedimento disciplinare con comunicazione di eventuali provvedimenti

CANALI DI COMUNICAZIONE

I canali di comunicazione predisposti dalla Società devono garantire la **riservatezza** del segnalante

Le soluzioni più diffuse sono:

la creazione di **sportelli *online***: piattaforme che fanno da centri di raccolta automatici per le segnalazioni

la creazione di una apposita **casella di posta elettronica**, solitamente gestita dall'Organismo di Vigilanza

L'adozione di **sistemi integrati** che comprendono percorsi guidati *online*, caselle di posta elettronica e un numero verde dedicato