CONFINDUSTRIA
Area Strategica Fiscalità, Finanza e Diritto d'Impresa
Nucleo Affari Legali, Finanza e Diritto d'Impresa
Gruppo di lavoro sulla Responsabilità Amministrativa
delle Persone Giuridiche

LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO EX D. LGS. 231/2001

31 MARZO 2008

CONFINDUSTRIA
Area Strategica Fiscalità, Finanza e Diritto d'Impresa
Nucleo Affari Legali, Finanza e Diritto d'Impresa
Gruppo di lavoro sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche

LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO EX D. LGS. N. 231/2001

Approvate il 7 marzo 2002
(aggiornate al 31 marzo 2008)

Introduzione ..... pag. 5

I. Individuazione dei rischi e protocolli

1. Premessa ..... » 13
2. La definizione di" rischio accettabile": premessa per la costruzione di un sistema di controllo preventivo ..... » 14
3. Passi operativi per la realizzazione di un sistema di gestione del rischio ..... » 15
4. I principi di controllo ..... » 24

II. Codice etico (o di comportamento) con riferimento ai reati *ex* D. Lgs. n. 231/2001 e sistema disciplinare

1. Premessa ..... » 26
2. Contenuti minimi del Codice etico (o di comportamento) in relazione ai reati dolosi previsti dal D. Lgs. n. 231/2001) ..... » 27
3. Contenuti minimi del Codice etico (o di comportamento) in relazione ai reati colposi previsti dall'art. 25-*septies* del D. Lgs. n. 231/2001 ..... » 29
4. Sistema disciplinare e meccanismi sanzionatori ..... » 30

III. L'organismo di vigilanza

1. Premessa ..... » 32
2. L'individuazione dell'organismo di vigilanza ..... » 32
   - 2.1. Composizione dell'organismo di vigilanza ..... » 32
   - 2.2. Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza ..... » 33
   - 2.3. Utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti o costituzione di un organismo *ad hoc* ..... » 39
   - 2.4. Conclusioni sulle possibili scelte ..... » 43
3. Obblighi di informazione dell'organismo di vigilanza ..... » 44
4. L'organismo di vigilanza nei gruppi di imprese ..... » 46
5. Profili penali della responsabilità dell'organismo di vigilanza ..... » 48

IV Modelli organizzativi e soglie dimensionali: una chiave di lettura per le piccole imprese

1. Premessa ..... » 50
2. Individuazione dei rischi e protocolli ..... » 51
3. Codice etico (o di comportamento) e sistema disciplinare ..... » 52
4. L'organismo di vigilanza ..... » 53

Appendice – Case Study ..... » 55

Introduzione

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"* ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità in sede penale degli enti, che si aggiunge a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito[1].

L'ampliamento della responsabilità mira a coinvolgere nella punizione di taluni illeciti penali il patrimonio degli enti e, in definitiva, gli interessi economici dei soci, i quali, fino all'entrata in vigore della legge in esame, non pativano conseguenze dalla realizzazione di reati commessi, con vantaggio della società, da amministratori e/o dipendenti. Il principio di personalità della responsabilità penale li lasciava, infatti, indenni da conseguenze sanzionatorie, diverse dall'eventuale risarcimento del danno, se ed in quanto esistente. Sul piano delle conseguenze penali, infatti, soltanto gli artt. 196 e 197 cod. pen. prevedevano (e prevedono tuttora) un'obbligazione civile per il pagamento di multe o ammende inflitte, ma solo in caso d'insolvibilità dell'autore materiale del fatto. L'innovazione normativa, perciò, è di non poco momento, in quanto né l'ente, né i soci delle società o associazioni possono dirsi estranei al procedimento penale per reati commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Ciò, ovviamente, determina un interesse di quei soggetti (soci, associati, ecc.) che partecipano alle vicende patrimoniali dell'ente, al controllo della regolarità e della legalità dell'operato sociale.

Quanto alla **tipologia di reati** cui si applica la disciplina in esame, il legislatore delegato ha operato una scelta minimalista rispetto alle indicazioni contenute nella legge delega (l. n. 300/2000). Infatti, delle quattro categorie di reati indicate nella legge n. 300/2000, il Governo ha preso in considerazione soltanto quelle indicate dagli artt. 24 (*Indebita percezione di erogazioni pubbliche, Truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e Frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico)* e 25 (*Concussione e Corruzione*), evidenziando, nella relazione di accompagnamento al D. Lgs.

1. La previsione di una responsabilità amministrativa (ma di fatto penale) degli enti per determinate fattispecie di reato era contenuta nell'art. 2 della Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Tale tipo di responsabilità è stato successivamente introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, di ratifica ed esecuzione delle convenzioni OCSE e Unione Europea contro la corruzione nel commercio internazionale e contro la frode ai danni della Comunità Europea. L'art. 11, in particolare, delegava il Governo a disciplinare l'articolazione di questo tipo di responsabilità. In attuazione di tale delega, il Governo ha adottato il D. Lgs. n. 231/2001.

n. 231/2001, la prevedibile estensione della disciplina in questione anche ad altre categorie di reati. Tale relazione è stata profetica, giacché successivi interventi normativi hanno esteso il catalogo dei reati cui si applica la disciplina del decreto n. 231/2001.

La legge 23 novembre 2001, n. 409[2], di conversione del D.L. n. 350/2001 recante disposizioni urgenti in vista dell'euro, ha introdotto, all'art. 4, un nuovo articolo al decreto n. 231 (l'art. 25-*bis*) relativo alle falsità in monete, carte di pubblico credito e in valori di bollo.

L'intervento più importante è però rappresentato dal D. Lgs. n. 61/2002 in tema di reati societari[3], che ha aggiunto al decreto n. 231 l'art. 25-*ter*, estendendo la responsabilità amministrativa ad alcune fattispecie di reati societari commessi nell'interesse (ma non anche a vantaggio, come invece previsto dal decreto n. 231) della società da amministratori, direttori generali, liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi inerenti la loro carica. L'art. 25-*ter* disciplina, in particolare, i reati di: falsità in bilancio, nelle relazioni e nelle altre comunicazioni sociali, falso in prospetto[4], falsità nelle relazioni o comunicazioni della società di revisione, impedito controllo, formazione fittizia del capitale, 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, indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, indebita influenza sull'assemblea, aggiotaggio, ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

Successivamente, la legge di *"Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999"*[5] ha inserito un nuovo art. 25-*quater* al decreto 231, che stabilisce la responsabilità amministrativa dell'ente anche in relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. La legge trova inoltre applicazione (art. 25-*quater*, ult. co.) con riferimento alla commissione di delitti, diversi da quelli espressamente richiamati, *"che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999"*.

---

2 Legge n. 409/2001 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2001.

3 Il decreto legislativo n. 61/2002 sulla disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Il decreto è stato pubblicato l'11 aprile 2002 sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 88 del 15 aprile 2002. Con questo provvedimento il Governo ha dato attuazione all'art. 11 della legge delega sulla riforma del diritto societario (l. n. 366/2001), approvata il 3 ottobre 2001. Le norme menzionate sono state successivamente modificate con la l. n. 262/2005 citata nel seguito.

4 L'art. 2623 c.c. che disciplinava il reato di falso in prospetto è stato abrogato e sostituito con l'art. 173-bis TUF. Nonostante tale modifica, il richiamo all'art. 2623 contenuto nell'art. 25-ter del D. Lgs. n. 231/2001 non è stato sostituito con il richiamo all'art. 173-bis TUF, ciò che dovrebbe comportare l'inapplicabilità del decreto 231 al reato di falso in prospetto.

5 Legge n. 7/2003, in G.U. n. 21 del 27 gennaio 2003.

La legge contenente *"Misure contro la tratta delle persone"*[6] ha, poi, introdotto un nuovo articolo al decreto, il 25-*quinquies*, che estende il regime della responsabilità amministrativa dell'ente anche in relazione alla commissione dei delitti contro la personalità individuale disciplinati dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale.

Successivi interventi diretti a modificare la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti sono stati attuati con la Legge Comunitaria per il 2004[7] (art. 9) che, tra l'altro, ha recepito mediante norme di immediata applicazione la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (c.d. abusi di mercato), e con la legge *"Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"*, che ha apportato alcune modifiche al regime della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche con riguardo ad alcuni reati societari[8].

La nuova normativa in materia di abusi di mercato ha ampliato l'ambito di applicazione del decreto 231, facendo rientrare nel novero degli illeciti "presupposto" della responsabilità amministrativa degli enti le fattispecie dell'abuso di informazioni privilegiate (c.d. *insider trading*) e della manipolazione del mercato.

La Legge Comunitaria 2004, in particolare, è intervenuta sia sul codice civile che sul Testo Unico della Finanza (TUF).

Quanto al codice civile, è stato modificato l'art. 2637, che sanzionava il reato di aggiotaggio commesso su strumenti finanziari sia quotati che non quotati. La norma si applica invece adesso ai soli casi di aggiotaggio posti in essere con riferimento a strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, e non invece a quelli quotati, cui si applicano le norme del TUF in materia di manipolazione di mercato. È invece riferita alle sole informazioni privilegiate relative a società emittenti disciplinate dal TUF la nuova fattispecie dell'*insider trading* (o abuso di informazioni privilegiate).

La legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio ha invece esteso la responsabilità degli enti alla nuova fattispecie di reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi degli amministratori, riguardante esclusivamente le società quotate, e modificato le norme sulle false comunicazioni sociali e sul falso in prospetto.

---

6 Legge 11 agosto 2003, n. 228, recante "Misure contro la tratta di persone". Il provvedimento è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 23 agosto 2003, n. 195.

7 Legge 18 aprile 2005, n. 62, contenente "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004". Il provvedimento è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 27 aprile 2005 - Supplemento ordinario n.76.

8 Legge 28 dicembre 2005, n. 262 recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 301 del 28 dicembre 2005 - Supplemento Ordinario n. 208.

Ulteriori modifiche legislative in materia di responsabilità degli enti sono state introdotte dalla legge n. 7/2006[9], che vieta e punisce le c.d. pratiche di infibulazione, dalla legge n. 38/2006[10], contenente *"Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet"* e, infine, dalla legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale del 15 novembre 2000[11].

La legge sulla prevenzione e divieto delle c.d. pratiche di infibulazione ha esteso l'ambito di applicazione del D. Lgs. n. 231/2001 al nuovo reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.).

La legge 6 febbraio 2006, n. 38, ha modificato l'ambito di applicazione dei delitti di pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico (rispettivamente, artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p.), per i quali era già prevista la responsabilità dell'ente *ex* decreto 231, includendo anche le ipotesi in cui il materiale pornografico utilizzato rappresenti immagini virtuali di minori (c.d. "pedopornografia virtuale").

La legge n. 146/2006 di ratifica ed esecuzione della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale ha stabilito l'applicazione del decreto 231 ai reati di criminalità organizzata transnazionale. Le nuove disposizioni hanno previsto la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti dai delitti di associazione a delinquere, riciclaggio e impiego di denaro e beni di provenienza illecita, traffico di migranti e intralcio alla giustizia[12].

Successivamente, la legge 3 agosto 2007, n. 123, con l'introduzione dell'art. 25-*septies* nell'impianto normativo del D. Lgs. n. 231/2001, ha ulteriormente esteso l'ambito applicativo della responsabilità amministrativa degli enti ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime che si verifichino a seguito della violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro[13].

Infine, con decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, il legislatore ha dato attuazione alla direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (c.d. III Direttiva antiriciclaggio)[14]. Ne consegue

---

9 Legge 9 gennaio 2006, n. 7, recante "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 14 del 18 gennaio 2006.

10 Legge 6 febbraio 2006, n. 38, contenente "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 38 del 15 febbraio 2006.

11 Legge 16 marzo 2006, n. 146, recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'11 aprile 2006, n. 85 – Suppl. Ord. n. 91.

12 La previsione relativa ai reati di riciclaggio e impiego di denaro e beni di provenienza illecita aventi carattere di transnazionalità è stata successivamente abrogata dal D. Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007.

13 Legge 3 agosto 2007, n. 123, recante "Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia", pubblicata in G.U. 10 agosto 2007, n. 185.

che l'ente sarà ora punibile per i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di capitali illeciti, anche se compiuti in ambito prettamente "nazionale", sempre che ne derivi un interesse o vantaggio per l'ente medesimo.

Sotto il profilo dei **soggetti destinatari**, la legge indica *"gli enti forniti di personalità giuridica, le società fornite di personalità giuridica e le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica"* (art. 1, co. 2). Il quadro descrittivo è completato dall'indicazione, a carattere negativo, dei soggetti a cui non si applica la legge, vale a dire *"lo Stato, gli enti pubblici territoriali nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale"* (art. 1, co. 3). Come si vede, la platea dei destinatari è molto ampia e non sempre è identificabile con certezza la linea di confine, specialmente per gli enti che operano nel settore pubblico. È indubbia, in proposito, la soggezione alla disciplina in argomento delle società di diritto privato che esercitino un pubblico servizio (in base a concessione, ecc.). Nei loro riguardi – come, del resto, nei confronti degli enti pubblici economici – la problematica della responsabilità riguarda, tra le altre comuni a tutti i destinatari della legge, anche le ipotesi di corruzione sia attiva che passiva[15].

È opportuno ricordare che questa nuova responsabilità sorge soltanto in occasione della realizzazione di determinati tipi di reati da parte di soggetti legati a vario titolo all'ente e solo nelle ipotesi che la condotta illecita sia stata realizzata nell'*interesse* o *a vantaggio* di esso. Dunque, non soltanto allorché il comportamento illecito abbia determinato un vantaggio, patrimoniale o meno, per l'ente, ma anche nell'ipotesi in cui, pur in assenza di tale concreto risultato, il fatto-reato trovi ragione nell'*interesse* dell'ente.

L'art. 6 del provvedimento in esame contempla tuttavia una forma di "**esonero**" da responsabilità dell'ente se si dimostra, in occasione di un procedimento penale per uno dei reati considerati, di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali considerati. Il sistema prevede l'istituzione di un organo di controllo interno all'ente con il compito di vigilare sull'efficacia reale del modello. La norma stabilisce, infine, che le associazioni di categoria possono disegnare i codici di comportamento, sulla base dei quali andranno elaborati i singoli modelli organizzativi, da comunicare al Ministero della Giustizia, che ha trenta giorni di tempo per formulare le proprie osservazioni.

Il sistema di "esonero", indicato dalla legge, pone all'interprete numerosi interrogativi sia sull'inquadramento dogmatico degli istituti che operano nel suo ambito, sia sul rilievo pratico

---

14 Il D. Lgs. n. 231/2007, recante "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione", è stato pubblicato nella G.U. n. 290 del 14 dicembre 2007 - Suppl. Ordinario n. 268. Il testo è in vigore dal 29 dicembre 2007.

15 È utile a questo proposito segnalare una decisione della Corte di Cassazione, che ha affermato che la disciplina de qua si applica esclusivamente a soggetti collettivi ovvero soggetti a struttura organizzata e complessa, escludendo così espressamente le ditte individuali dall'ambito di applicazione (cfr. Cass. VI Pen. sent. n. 18941/2004).

che essi possono avere. Non è facile, ad esempio, definire la funzione ed il ruolo della comunicazione al Ministero della Giustizia dei codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria.

Evitando di occuparci della natura giuridica e dell'inquadramento dogmatico delle soluzioni accolte dal legislatore, qui giova soffermare l'attenzione sugli aspetti pratici, che possono interessare gli operatori coinvolti dal provvedimento di legge. Va sottolineato, in proposito, che l'"esonero" dalle responsabilità dell'ente passa attraverso il giudizio d'idoneità del sistema interno di organizzazione e controlli, che il giudice penale è chiamato a formulare in occasione del procedimento penale a carico dell'autore materiale del fatto illecito. Dunque, la formulazione dei modelli e l'organizzazione dell'attività dell'organo di controllo devono porsi come obiettivo l'esito positivo di tale giudizio d'idoneità. Questa particolare prospettiva finalistica impone agli enti di valutare l'adeguatezza delle proprie procedure alle esigenze di cui si è detto, tenendo presente che la disciplina in esame è già entrata in vigore.

È opportuno precisare che la legge prevede l'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo in termini di facoltatività e non di obbligatorietà. La mancata adozione non è soggetta, perciò, ad alcuna sanzione, ma espone l'ente alla responsabilità per gli illeciti realizzati da amministratori e dipendenti. Pertanto, nonostante la ricordata facoltatività del comportamento, di fatto l'adozione del modello diviene obbligatoria se si vuole beneficiare dell'esimente. Facilita l'applicazione dell'esimente, soprattutto in termini probatori, la documentazione scritta dei passi compiuti per la costruzione del modello.

Come già detto, l'applicazione delle sanzioni agli enti incide direttamente sugli interessi economici dei soci. Talché, in caso d'incidente di percorso, legittimamente i soci potrebbero esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inerti che, non avendo adottato il modello, abbiano impedito all'ente di fruire del meccanismo di "esonero" dalla responsabilità.

Allo scopo di offrire un aiuto concreto alle imprese ed associazioni nella elaborazione dei modelli e nella individuazione di un organo di controllo, le presenti Linee Guida contengono una serie di indicazioni e misure, essenzialmente tratte dalla pratica aziendale, ritenute in astratto idonee a rispondere alle esigenze delineate dal D. Lgs. n. 231/2001.

Tuttavia, data l'ampiezza delle tipologie di enti presenti nella realtà associativa della Confindustria e la varietà di strutture organizzative da questi di volta in volta adottate in dipendenza sia delle dimensioni, che del diverso mercato geografico o economico in cui essi operano, non si possono fornire riferimenti puntuali in tema di modelli organizzativi e funzionali, se non sul piano metodologico. Le Linee Guida mirano pertanto a provvedere concrete indicazioni su come realizzare tali modelli, non essendo proponibile la costruzione di casistiche decontestualizzate da applicare direttamente alle singole realtà operative.

Le Linee Guida svolgono quindi un importante ruolo ispiratore nella costruzione del modello e dell'organismo di controllo con i relativi compiti da parte del singolo ente, il quale però, per meglio perseguire il fine di prevenire i reati, potrà anche discostarsene, qualora specifiche esigenze aziendali lo richiedano, senza che per questo si possano dare per non adempiuti i requisiti necessari per la redazione di un valido modello di organizzazione, gestione e controllo.

I. Individuazione dei rischi e protocolli

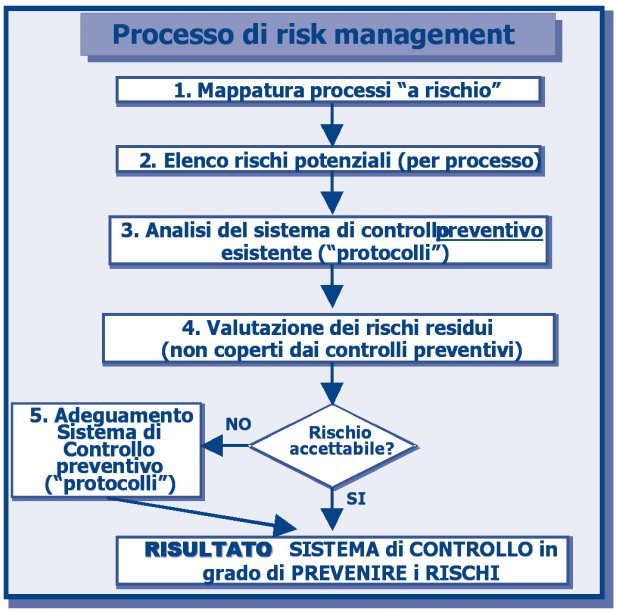
1. Premessa

L'art. 6, co. 2, del D. Lgs. n. 231/2001, indica le caratteristiche essenziali per la costruzione di un modello di organizzazione, gestione e controllo. In particolare, le lettere *a)* e *b)* della citata disposizione si riferiscono espressamente, sebbene con l'utilizzo di una terminologia ed esposizione estranea alla pratica aziendale, ad un tipico sistema di gestione dei rischi (*risk management*)[16].

La norma segnala infatti espressamente le due fasi principali in cui un simile sistema deve articolarsi:

a) l'**identificazione dei rischi**: ossia l'analisi del contesto aziendale per evidenziare dove (in quale area/settore di attività) e secondo quali modalità si possono verificare eventi pregiudizievoli per gli obiettivi indicati dal D. Lgs. n. 231/2001[17].

b) la **progettazione del sistema di controllo** (c.d. **protocolli** per la programmazione della formazione ed attuazione delle decisioni dell'ente), ossia la valutazione del sistema esistente all'interno dell'ente ed il suo eventuale adeguamento, in termini di capacità di contrastare efficacemente, cioè ridurre ad un livello accettabile, i rischi identificati. Sotto il profilo concettuale, ridurre un rischio comporta di dover intervenire (congiuntamente o disgiuntamente) su due fattori determinanti: *i)* la probabilità di accadimento dell'evento e *ii)* l'impatto dell'evento stesso. Il sistema brevemente delineato non può però, per operare efficacemente, ridursi ad un'attività *una tantum*, bensì deve tradursi in un



16 "In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:
a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire."

17 Riguardo al rischio di comportamenti integranti i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme di salute e sicurezza sul lavoro, l'analisi deve necessariamente estendersi alla totalità delle aree/attività aziendali.

processo continuo (o comunque svolto con una periodicità adeguata), da reiterare con particolare attenzione nei momenti di cambiamento aziendale (apertura di nuove sedi, ampliamento di attività, acquisizioni, riorganizzazioni, ecc.). Relativamente al rischio di comportamenti illeciti in materia di salute e sicurezza sul lavoro, tale sistema deve necessariamente tenere conto della legislazione prevenzionistica vigente e, in particolare, del decreto legislativo n. 626/1994 e successive modifiche. Tale complesso normativo, infatti, delinea esso stesso un "sistema" di principi cogenti e adempimenti obbligatori la cui declinazione sul piano della gestione applicativa – laddove opportunamente integrata/adeguata in funzione del "modello organizzativo" previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 - può risultare idonea a ridurre ad un livello "accettabile", agli effetti esonerativi dello stesso D. Lgs. n. 231/2001, la possibilità di una condotta integrante gli estremi del reato di omicidio o lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme prevenzionistiche[18].

2. La definizione di "rischio accettabile": premessa per la costruzione di un sistema di controllo preventivo

Un concetto assolutamente nodale nella costruzione di un sistema di controllo preventivo è quello di **rischio accettabile**.

Nella progettazione di sistemi di controllo a tutela dei rischi di *business*, definire il rischio accettabile è un'operazione relativamente semplice, almeno dal punto di vista concettuale. Il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi "costano" più della risorsa da proteggere (ad esempio: le comuni automobili sono dotate di antifurto e non anche di un vigilante armato).

Nel caso del D. Lgs. n. 231/2001 la logica economica dei costi non può però essere un riferimento utilizzabile in via esclusiva. È pertanto importante che ai fini dell'applicazione delle norme del decreto sia definita una soglia effettiva che consenta di porre un limite alla quantità/qualità delle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati considerati. In assenza di una previa determinazione del rischio accettabile, la quantità/qualità di controlli preventivi istituibili è infatti virtualmente infinita, con le intuibili conseguenze in termini di operatività aziendale.

Del resto, il generale principio, invocabile anche nel diritto penale, dell'esigibilità concreta del comportamento, sintetizzato dal brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*, rappresenta un criterio di riferimento ineliminabile anche se, spesso, appare difficile individuarne in concreto il limite.

18 La nozione di "accettabilità" di cui sopra riguarda i rischi di condotte devianti dalle regole del modello organizzativo e non anche i sottostanti rischi lavorativi per la salute e la sicurezza dei lavoratori che, secondo i principi della vigente legislazione prevenzionistica, devono essere comunque integralmente eliminati in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico e, ove ciò non sia possibile, ridotti al minimo e, quindi, gestiti.

Riguardo al sistema di controllo preventivo da costruire in relazione al rischio di commissione delle fattispecie di reato contemplate dal D. Lgs. n. 231/2001, la soglia concettuale di accettabilità, nei casi di reati dolosi, è rappresentata da un:

sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non FRAUDOLENTEMENTE

Questa soluzione è in linea con la logica della "elusione fraudolenta" del modello organizzativo quale esimente espressa dal citato decreto legislativo ai fini dell'esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente (art. 6, co. 1, lett. *c), "le persone hanno commesso il reato eludendo* ***fraudolentemente*** *i modelli di organizzazione e di gestione"*).

Diversamente, nei casi di reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la soglia concettuale di accettabilità, agli effetti esimenti del D. Lgs. n. 231/2001, è rappresentata dalla realizzazione di una condotta (non accompagnata dalla volontà dell'evento-morte/lesioni personali) violativa del modello organizzativo di prevenzione (e dei sottostanti adempimenti obbligatori prescritti dalle norme prevenzionistiche) nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 da parte dell'apposito organismo (v. cap. III). Ciò in quanto l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi appare incompatibile con l'elemento soggettivo dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, di cui agli artt. 589 e 590 del codice penale.

3. Passi operativi per la realizzazione di un sistema di gestione del rischio

Premesso quindi che i modelli organizzativi devono essere idonei a prevenire i reati di origine sia dolosa che colposa previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, primo obiettivo per la costruzione di un modello organizzativo è la procedimentalizzazione delle attività che comportano un rischio di reato al fine di evitarne la commissione, tenendo presente, come accennato sopra, che gli stessi reati possono comunque essere commessi anche una volta attuato il modello ma, in tal caso, laddove si tratti di reati dolosi, se dall'agente siano realmente voluti sia come condotta che come evento.

In questa ipotesi il modello e le relative misure devono cioè essere tali che l'agente non solo dovrà "volere" l'evento reato (ad esempio corrompere un pubblico funzionario) ma potrà attuare il suo proposito criminoso soltanto aggirando fraudolentemente (ad esempio attra-

verso artifizi e/o raggiri)[19] le indicazioni dell'ente. L'insieme di misure che l'agente, se vuol delinquere, sarà costretto a "forzare", dovrà essere realizzato in relazione alle specifiche attività dell'ente considerate a rischio ed ai singoli reati ipoteticamente collegabili alle stesse[20].

Nell'ipotesi, invece, di reati colposi, gli stessi devono essere voluti dall'agente solo come condotta e non anche come evento.

La metodologia per la realizzazione di un sistema di gestione del rischio che verrà di seguito esposta ha valenza generale. Il procedimento descritto può essere infatti applicato a varie tipologie di rischio: legale (rispetto di norme di legge), operativo, di *reporting* finanziario, ecc. Questa caratteristica consente di utilizzare il medesimo approccio anche qualora i princìpi del D. Lgs. n. 231/2001 vengano estesi ad altri ambiti.

In particolare, con riferimento alla avvenuta estensione del D. Lgs. n. 231 ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, é opportuno ribadire che la vigente disciplina legislativa della prevenzione dei rischi lavorativi detta i principi e criteri essenziali per la gestione della salute e sicurezza sul lavoro in azienda e pertanto, in questo ambito, il modello organizzativo non potrà prescindere da tale precondizione.

Naturalmente, per quelle organizzazioni che abbiano già attivato processi di autovalutazione interna, anche certificati, si tratta di focalizzarne l'applicazione, qualora così non fosse, su tutte le tipologie di rischio e con tutte le modalità contemplate dal D. Lgs. n. 231/2001. A questo proposito è opportuno rammentare che la gestione dei rischi è un processo maieutico che le imprese devono attivare al proprio interno secondo le modalità ritenute più appropriate, ovviamente nel rispetto degli obblighi stabiliti dall'ordinamento. I modelli che verranno quindi predisposti ed attuati a livello aziendale saranno il risultato dell'applicazione metodologica documentata, da parte di ogni singolo ente, delle indicazioni qui fornite, in funzione del proprio contesto operativo interno (struttura organizzativa, articolazione terri-

19 È opportuno precisare a questo proposito e nello spirito di garantire una concreta efficacia dell'intero sistema di controllo dell'azienda, che non potrà pretendersi un irraggiungibile livello di prevenzione o un livello non proporzionato alla natura stessa dell'ente ed al disposto normativo. In particolare, a meno di non voler superare fondamentali principi quali quello di "tassatività" - presidio tanto di una corretta applicazione delle sanzioni amministrative (art. 1, co. 2, l. n. 689/81) quanto ovviamente di quelle di natura penale – le aziende dovranno tendere a porre in essere meccanismi tali da poter essere elusi solo attraverso "artifici e raggiri".

20 Una logica di questo tipo è coerente con i consolidati riferimenti internazionali in tema di controllo interno e di corporate governance ed è alla base dei sistemi di autovalutazione dei rischi (Control Self Assessment) già presenti nelle più avanzate realtà aziendali italiane e, comunque, in rapida diffusione nel nostro sistema economico anche dietro l'impulso di recenti regolamentazioni. Il riferimento internazionale comunemente accettato come modello di riferimento in tema di governance e controllo interno è il "CoSO Report", prodotto in USA nel 1992 dalla Coopers & Lybrand (ora PricewaterhouseCoopers) su incarico del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (con l'Institute of Internal Auditors e l'AICPA fra le Sponsoring Organizations) che lo ha adottato e proposto quale modello di riferimento per il sistema di controllo delle imprese. Ad esso si sono ispirate le regolamentazioni nazionali di tutti i principali paesi (Regno Unito, Canada, ecc.).

toriale, dimensioni, ecc.) ed esterno (settore economico, area geografica), nonché dei singoli reati ipoteticamente collegabili alle specifiche attività dell'ente considerate a rischio[21].

Quanto alle modalità operative della gestione dei rischi, soprattutto con riferimento a quali soggetti/funzioni aziendali possono esserne concretamente incaricati, le metodologie possibili sono sostanzialmente due:

- valutazione da parte di un organismo aziendale che svolga questa attività con la collaborazione del *management* di linea;
- autovalutazione da parte del *management* operativo con il supporto di un tutore/facilitatore metodologico.

Secondo l'impostazione logica appena delineata, di seguito verranno esplicitati i passi operativi che l'ente dovrà compiere per attivare un sistema di gestione dei rischi coerente con i requisiti imposti dal D. Lgs. n. 231/2001. Nel descrivere tale processo logico, enfasi viene posta sui risultati rilevanti delle attività di autovalutazione poste in essere ai fini della realizzazione del sistema (*output di fase*).

i. Inventariazione degli ambiti aziendali di attività.

Lo svolgimento di tale fase può avvenire secondo approcci diversi, tra gli altri, per attività, per funzioni, per processi. Esso comporta, in particolare, il compimento di una revisione periodica esaustiva della realtà aziendale, con l'obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato. Così, per quel che riguarda ad esempio i reati contro la Pubblica Amministrazione, si tratterà di identificare quelle aree che per loro natura abbiano rapporti diretti o indiretti con la P.A. nazionale ed estera. In questo caso alcune tipologie di processi/funzioni saranno sicuramente interessate (ad esempio le vendite verso la P.A., la gestione delle concessioni da P.A. locali, e così via), mentre altre potranno non esserlo o esserlo soltanto marginalmente. Riguardo invece ai reati di omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, non è possibile escludere aprioristicamente alcun ambito di attività, dal momento che tale casistica di reati può di fatto investire la totalità delle componenti aziendali.

Il CoSO Report rappresenta anche in Italia la best practice formalmente riconosciuta per le società quotate in Borsa (cfr. la menzione contenuta nello stesso Codice di Autodisciplina adottato dal Comitato per la Corporate Governance delle Società Quotate presso la Borsa Italiana nel 1999 ed aggiornato da ultimo nel 2006), oltre a costituire un evidente riferimento concettuale della Guida Operativa Collegio Sindacale del 2000, delle Circolari dell'ISVAP e della Banca d'Italia.

21 Allo scopo di fornire un supporto concreto in questa prima fase operativa, è stata svolta un'analisi metodologica, con carattere esclusivamente esemplificativo, basata su un case study di alcune selezionate fattispecie di illecito espressamente contemplate dal D. Lgs. n. 231/2001 (v. Appendice). Il case study è stato costruito secondo l'approccio sopra descritto e pertanto con evidenza di: a) area aziendale di attività; b) potenziale modalità operativa dell'illecito; c) possibili strumenti di controllo preventivo da attivare a tutela dell'azienda contro l'accadimento del fatto illecito, secondo il concetto di "ragionevole garanzia" acquisito.

Nell'ambito di questo procedimento di revisione dei processi/funzioni a rischio, è opportuno identificare i soggetti sottoposti all'attività di monitoraggio che, con riferimento ai reati dolosi, in talune circostanze particolari ed eccezionali, potrebbero includere anche coloro che siano legati all'impresa da meri rapporti di parasubordinazione, quali ad esempio gli agenti, o da altri rapporti di collaborazione, come i partner commerciali, nonché i dipendenti ed i collaboratori di questi ultimi. Sotto questo profilo, per i reati colposi di omicidio e lesioni personali commessi con violazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, soggetti sottoposti all'attività di monitoraggio sono tutti i lavoratori destinatari della stessa normativa.

Nel medesimo contesto è altresì opportuno porre in essere esercizi di *due diligence* tutte le volte in cui, in sede di valutazione del rischio, siano stati rilevati "indicatori di sospetto" (ad esempio conduzione di trattative in territori con alto tasso di corruzione, procedure particolarmente complesse, presenza di nuovo personale sconosciuto all'ente) afferenti ad una particolare operazione commerciale.

Infine, occorre sottolineare che ogni azienda/settore presenta i propri specifici ambiti di rischiosità che possono essere individuati soltanto tramite una puntuale analisi interna. Una posizione di evidente rilievo ai fini dell'applicazione del D. Lgs. n. 231/2001 rivestono, tuttavia, i processi dell'area finanziaria. La norma, probabilmente proprio per questo motivo, li evidenzia con una trattazione separata (art. 6, co. 2, lett. *c)*, ancorché un'accurata analisi di valutazione degli ambiti aziendali "a rischio" dovrebbe comunque far emergere quello finanziario come uno di sicura rilevanza.

Output di fase: mappa delle aree aziendali a rischio.

ii. Analisi dei rischi potenziali.

L'analisi dei potenziali rischi deve aver riguardo alle possibili modalità attuative dei reati nelle diverse aree aziendali (individuate secondo il processo di cui al punto precedente). L'analisi, propedeutica ad una corretta progettazione delle misure preventive, deve sfociare in una rappresentazione esaustiva di come le fattispecie di reato possono essere attuate rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l'azienda.

A questo proposito è utile tenere conto sia della storia dell'ente, cioè delle sue vicende passate, che delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore ed, in particolare, degli eventuali illeciti da questi commessi nello stesso ramo di attività.

In particolare, l'analisi delle possibili modalità attuative dei reati di omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione degli obblighi di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, corrisponde alla valutazione dei rischi lavorativi effettuata secondo i criteri previsti dall'art. 4 del D. Lgs. n. 626/1994 e dalle altre disposizioni normative e regolamentari aventi

lo stesso oggetto e profilo, quali, ad esempio, il D. Lgs. n. 494/1996 e successive modifiche ed integrazioni[22].

Output di fase: mappa documentata delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle aree a rischio individuate al punto precedente.

iii. Valutazione/costruzione/adeguamento del sistema di controlli preventivi.

Le attività precedentemente descritte ai punti *i.* e *ii.* si completano con una valutazione del sistema di controlli preventivi eventualmente esistente e con il suo adeguamento quando ciò si riveli necessario, o con una sua costruzione quando l'ente ne sia sprovvisto. Il sistema di controlli preventivi dovrà essere tale da garantire che i rischi di commissione dei reati, secondo le modalità individuate e documentate nella fase precedente, siano ridotti ad un "livello accettabile", secondo la definizione esposta in premessa. Si tratta, in sostanza, di progettare quelli che il D. Lgs. n. 231/2001 definisce *"specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"*.

Le componenti di un sistema di controllo interno (preventivo), per le quali esistono consolidati riferimenti metodologici, sono molteplici. Nel seguito verranno analizzati in via esemplificativa alcuni dei principali elementi di controllo. Tuttavia, occorre sottolineare come le componenti di controllo che verranno indicate debbano integrarsi in un sistema organico, nel quale non tutte necessariamente devono coesistere e dove la possibile debolezza di una componente può essere controbilanciata dal rafforzamento di una o più delle altre componenti in chiave compensativa.

Quanto appena detto vale soprattutto, ma non esclusivamente, in relazione alle **piccole imprese**, alle quali è irrealistico imporre l'utilizzo di tutto il complesso bagaglio di strumenti di controllo a disposizione delle grandi organizzazioni. A seconda della scala dimensionale potranno quindi essere utilizzate soltanto alcune componenti di controllo, mentre altre potranno venire escluse (magari perché implicite nel modello aziendale) o essere presenti in termini estremamente semplificati[23].

22 In estrema sintesi, secondo tali criteri, occorre:
- definire l'ambito di applicazione delle attività dell'impresa sia in termini fisici (localizzazioni, ecc.) che di personale (dipendenti, collaboratori, pubblico);
- individuare criteri tecnici idonei con cui confrontare i rischi;
- definire modalità, livelli e possibilità di esposizione delle persone ai rischi;
- evidenziare le misure di prevenzione e protezione adottate (tecniche, organizzative e procedurali) per eliminare, ridurre o gestire i rischi (DPI compresi);
- confrontare le modalità di esposizione individuate con i criteri definiti, tenendo conto delle misure adottate.

Il risultato dell'analisi dei rischi lavorativi dovrebbe portare ad una valutazione di ragionevole "adeguatezza" (cioè dell'idoneità delle misure tecniche, organizzative, procedurali messe in atto per eliminare, minimizzare e gestire i rischi).

23 Sull'adattamento delle Linee Guida alle imprese di piccole dimensioni si veda il Cap. IV.

Tuttavia, è opportuno ribadire che, per tutti gli enti, siano essi grandi, medi o piccoli, il sistema di controlli preventivi dovrà essere tale che lo stesso

- nel caso di reati dolosi, non possa essere aggirato se non con intenzionalità;
- nel caso di reati colposi, come tali incompatibili con l'intenzionalità fraudolenta, risulti comunque violato, nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza da parte dell'apposito organismo (v. Cap. III).

Output di fase: descrizione documentata del sistema dei controlli preventivi attivato, con dettaglio delle singole componenti del sistema, nonché degli adeguamenti eventualmente necessari.

Secondo le indicazioni appena fornite, qui di seguito sono elencate, con distinto riferimento ai reati dolosi e colposi previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, quelle che generalmente vengono ritenute le **componenti (i protocolli) di un sistema di controllo preventivo**, che dovranno essere attuate a livello aziendale per garantire l'efficacia del modello.

A) Sistemi di controllo preventivo dei reati dolosi

- **Codice etico (o di comportamento) con riferimento ai reati considerati**. L'adozione di principi etici in relazione ai comportamenti che possono integrare le fattispecie di reato previste dal D. Lgs. n. 231/2001 costituisce la base su cui impiantare il sistema di controllo preventivo. Tali principi possono essere inseriti in codici etici di carattere più generale, laddove esistenti o invece essere oggetto di autonoma previsione. Considerata la loro rilevanza e funzionalità ai fini della prevenzione dei reati previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, ad essi è riservata una trattazione approfondita in una sezione separata (v. Cap. II).
- **Sistema organizzativo** sufficientemente formalizzato e chiaro, soprattutto per quanto attiene all'attribuzione di responsabilità, alle linee di dipendenza gerarchica ed alla descrizione dei compiti, con specifica previsione di principi di controllo quali, ad esempio, la contrapposizione di funzioni (v. anche par. 4 del presente capitolo). Nell'ambito del sistema organizzativo, attenzione andrà prestata ai sistemi premianti dei dipendenti. Tali sistemi sono necessari per indirizzare le attività del personale operativo e manageriale verso l'efficiente conseguimento degli obiettivi aziendali. Tuttavia, se basati su *target* di *performance* palesemente immotivati ed inarrivabili, essi potrebbero costituire un velato incentivo al compimento di alcune delle fattispecie di reato previste dal D. Lgs. n. 231/2001
- **Procedure manuali ed informatiche** (sistemi informativi) tali da regolamentare lo svolgimento delle attività prevedendo gli opportuni punti di controllo (quadrature; approfondimenti informativi su particolari soggetti quali agenti, consulenti, intermediari). Una particolare efficacia preventiva riveste lo strumento di controllo rappresentato dalla *separazione di compiti* fra coloro che svolgono fasi (attività) cruciali di un processo a rischio.
  In questo campo, specifico interesse ricopre l'area della gestione finanziaria, dove il controllo procedurale si avvale di strumenti consolidati nella pratica amministrativa, fra cui abbina-

mento firme; riconciliazioni frequenti; supervisione; separazione di compiti con la già citata contrapposizione di funzioni, ad esempio fra la funzione acquisti e la funzione finanziaria.
Particolare attenzione deve essere riposta sui flussi finanziari non rientranti nei processi tipici aziendali, soprattutto se si tratta di ambiti non adeguatamente proceduralizzati e con caratteri di estemporaneità e discrezionalità. In ogni caso è necessario che siano sempre salvaguardati i principi di trasparenza, verificabilità, inerenza all'attività aziendale.

- **Poteri autorizzativi e di firma,** assegnati in coerenza con le responsabilità organizzative e gestionali definite, prevedendo, quando richiesto, una puntuale indicazione delle soglie di approvazione delle spese.
- **Sistema di controllo di gestione** in grado di fornire tempestiva segnalazione dell'esistenza e dell'insorgere di situazioni di criticità generale e/o particolare. Funzionale a questo è la definizione di opportuni indicatori per le singole tipologie di rischio rilevato (ad esempio accordi di intermediazione che prevedano pagamenti *off-shore*) ed i processi di *risk assessment* interni alle singole funzioni aziendali.
- **Comunicazione al personale e sua formazione.** Sono due importanti requisiti del modello ai fini del suo buon funzionamento. Con riferimento alla comunicazione, essa deve riguardare ovviamente il codice etico ma anche gli altri strumenti quali i poteri autorizzativi, le linee di dipendenza gerarchica, le procedure, i flussi di informazione e tutto quanto contribuisca a dare trasparenza nell'operare quotidiano. La comunicazione deve essere: capillare, efficace, autorevole (cioè emessa da un livello adeguato), chiara e dettagliata, periodicamente ripetuta. Accanto alla comunicazione, deve essere sviluppato un adeguato programma di formazione rivolto al personale delle aree a rischio, appropriatamente tarato in funzione dei livelli dei destinatari, che illustri le ragioni di opportunità, oltre che giuridiche, che ispirano le regole e la loro portata concreta.

B) Sistemi di controllo preventivo dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Fermo restando quanto già precisato in relazione alle fattispecie di reato doloso, valgono qui le seguenti indicazioni.

- **Codice etico (o di comportamento) con riferimento ai reati considerati**. È espressione anche della politica aziendale per la salute e sicurezza sul lavoro e indica la visione, i valori essenziali e le convinzioni dell'azienda in tale ambito. Serve pertanto a definire la direzione, i principi d'azione ed i risultati a cui tendere nella materia.
  Anche in questo caso si fa rinvio alla specifica trattazione svolta più avanti in una sezione separata (v. Cap. II).
- **Struttura organizzativa**. È necessaria una struttura organizzativa con compiti e responsabilità in materia di salute e sicurezza sul lavoro definiti formalmente in coerenza con lo schema organizzativo e funzionale dell'azienda, a partire dal datore di lavoro fino al singolo

lavoratore. Particolare attenzione va riservata alle figure specifiche operanti in tale ambito (RSPP - Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, ASPP – Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, RLS – Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, MC - Medico Competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso d'incendio). Devono inoltre essere tenute in considerazione anche le figure specifiche previste da altre normative di riferimento quali, ad esempio, il già citato D. Lgs. n. 494/1996 e successive modifiche ed integrazioni, nonché i requisiti e la documentazione relativa a presidio della sicurezza.

Tale impostazione comporta in sostanza che:

- nella definizione dei compiti organizzativi e operativi della direzione aziendale, dei dirigenti, dei preposti e dei lavoratori siano esplicitati anche quelli relativi alle attività di sicurezza di rispettiva competenza nonché le responsabilità connesse all'esercizio delle stesse attività;
- siano in particolare documentati i compiti del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione e degli eventuali addetti allo stesso servizio, del Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, degli addetti alla gestione delle emergenze e del medico competente.

- **Formazione e addestramento.** Sono componenti essenziali per la funzionalità del modello.
  Lo svolgimento di compiti che possono influenzare la salute e sicurezza sul lavoro richiede una adeguata competenza, da verificare ed alimentare attraverso la somministrazione di formazione e addestramento finalizzati ad assicurare che tutto il personale, ad ogni livello, sia consapevole della importanza della conformità delle proprie azioni rispetto al modello organizzativo e delle possibili conseguenze dovute a comportamenti che si discostino dalle regole dettate dal modello.

  In concreto, ciascun lavoratore/operatore aziendale deve ricevere una formazione sufficiente ed adeguata con particolare riferimento al proprio posto di lavoro ed alle proprie mansioni. Questa deve avvenire in occasione dell'assunzione, del trasferimento o cambiamento di mansioni o dell'introduzione di nuove attrezzature di lavoro o di nuove tecnologie, di nuove sostanze e preparati pericolosi.

  L'azienda dovrebbe organizzare la formazione e l'addestramento secondo i fabbisogni rilevati periodicamente.

- **Comunicazione e coinvolgimento.** La circolazione delle informazioni all'interno dell'azienda assume un valore rilevante per favorire il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati e consentire consapevolezza ed impegno adeguati a tutti livelli.

  Il coinvolgimento dovrebbe essere realizzato attraverso:

  - la consultazione preventiva in merito alla individuazione e valutazione dei rischi ed alla definizione delle misure preventive;
  - riunioni periodiche che tengano conto almeno delle richieste fissate dalla legislazione vigente utilizzando anche le riunioni previste per la gestione aziendale.

- **Gestione operativa.** Il sistema di controllo, relativamente ai rischi per la salute e sicurezza sul lavoro dovrebbe integrarsi ed essere congruente con la gestione complessiva dei processi aziendali.

  Dalla analisi dei processi aziendali e delle loro interrelazione e dai risultati della valutazione dei rischi deriva la definizione delle modalità per lo svolgimento in sicurezza delle attività che impattano in modo significativo sulla salute e sicurezza sul lavoro.

  L'azienda, avendo identificato le aree di intervento associate agli aspetti di salute e sicurezza, dovrebbe esercitarne una gestione operativa regolata.

  In questo senso, particolare attenzione dovrebbe essere posta riguardo a:

  - assunzione e qualificazione del personale;
  - organizzazione del lavoro e delle postazioni di lavoro;
  - acquisizione di beni e servizi impiegati dall'azienda e comunicazione delle opportune informazioni a fornitori ed appaltatori;
  - manutenzione normale e straordinaria;
  - qualificazione e scelta dei fornitori e degli appaltatori;
  - gestione delle emergenze;
  - procedure per affrontare le difformità rispetto agli obiettivi fissati ed alle regole del sistema di controllo.

- **Sistema di monitoraggio della sicurezza.** La gestione della salute e sicurezza sul lavoro dovrebbe prevedere una fase di verifica del mantenimento delle misure di prevenzione e protezione dei rischi adottate e valutate idonee ed efficaci. Le misure tecniche, organizzative e procedurali di prevenzione e protezione realizzate dall'azienda dovrebbero essere sottoposte a monitoraggio pianificato.

L'impostazione di un piano di monitoraggio si dovrebbe sviluppare attraverso:

- programmazione temporale delle verifiche (frequenza);
- attribuzione di compiti e di responsabilità esecutive;
- descrizione delle metodologie da seguire;
- modalità di segnalazione delle eventuali situazioni difformi.

Dovrebbe, quindi, essere previsto un monitoraggio sistematico le cui modalità e responsabilità dovrebbero essere stabilite contestualmente alla definizione delle modalità e responsabilità della gestione operativa.

Questo **1° livello di monitoraggio** è svolto generalmente dalle risorse interne della struttura, sia in autocontrollo da parte dell'operatore, sia da parte del preposto/dirigente ma può comportare, per aspetti specialistici (ad esempio per verifiche strumentali) il ricorso ad altre risorse interne o esterne all'azienda. È bene, altresì, che la verifica delle misure di natura organizzativa e procedurale relative alla salute e sicurezza venga realizzata dai soggetti già definiti in sede di attribuzione delle responsabilità (in genere si tratta di dirigenti e preposti). Tra questi particolare importanza riveste il Servizio di Prevenzione e Protezione che è chiamato ad elaborare, per quanto di competenza, i sistemi di controllo delle misure adottate.

È altresì necessario che l'azienda conduca una periodica attività di monitoraggio (**di 2° livello**) sulla funzionalità del sistema preventivo adottato. Il monitoraggio di funzionalità dovrebbe consentire l'adozione delle decisioni strategiche ed essere condotto da personale competente che assicuri l'obiettività e l'imparzialità, nonché l'indipendenza dal settore di lavoro sottoposto a verifica ispettiva.

4. I principi di controllo

Le componenti sopra descritte devono integrarsi organicamente in un'architettura del sistema che rispetti una serie di **principi di controllo**, fra cui:

- *"Ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua"*.

  Per ogni operazione vi deve essere un adeguato supporto documentale su cui si possa procedere in ogni momento all'effettuazione di controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuino chi ha autorizzato, effettuato, registrato, verificato l'operazione stessa.

  La salvaguardia di dati e procedure in ambito informatico può essere assicurata mediante l'adozione delle misure di sicurezza già previste dal d. lgs n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) per tutti i trattamenti di dati effettuati con strumenti elettronici.

L'art. 31 del Codice, infatti, prescrive l'adozione di misure di sicurezza tali da ridurre al minimo "*i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta*"[24].

- *"Nessuno può gestire in autonomia un intero processo".*

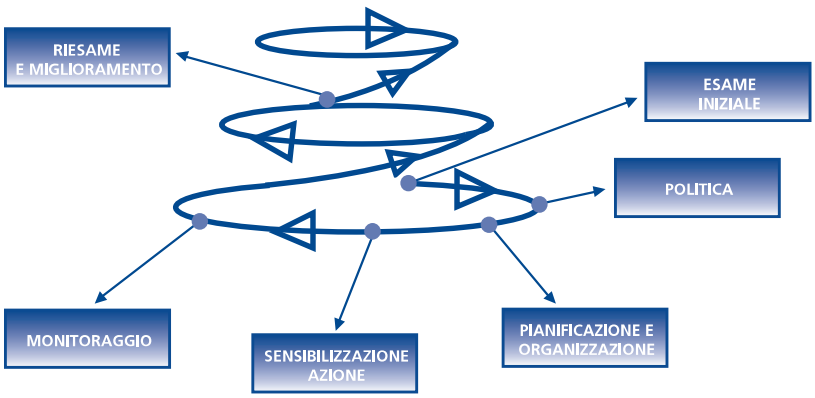
  Il sistema deve garantire l'applicazione del principio di separazione di funzioni, per cui l'autorizzazione all'effettuazione di un'operazione, deve essere sotto la responsabilità di persona diversa da chi contabilizza, esegue operativamente o controlla l'operazione.

  Inoltre, occorre che:
  - a nessuno vengano attribuiti poteri illimitati;
  - i poteri e le responsabilità siano chiaramente definiti e conosciuti all'interno dell'organizzazione;
  - i poteri autorizzativi e di firma siano coerenti con le responsabilità organizzative assegnate.

- "*Documentazione dei controlli*".

  Il sistema di controllo dovrebbe documentare (eventualmente attraverso la redazione di verbali) l'effettuazione dei controlli, anche di supervisione.

  In particolare, ai fini della salute e sicurezza sul lavoro, i principi di controllo (ovvero di gestione regolata) possono riassumersi nello schema generale sotto riportato.



24 Un punto di riferimento utile con riguardo alle misure di sicurezza adottabili nell'ambito di un Modello organizzativo è costituito dall'art. 34 del Codice sopra menzionato, con particolare riferimento ai seguenti aspetti:
a) autenticazione informatica;
b) adozione di procedure di gestione delle credenziali di autenticazione;
c) utilizzazione di un sistema di autorizzazione;
d) aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati e addetti alla gestione o alla manutenzione degli strumenti elettronici; ·/·

II. Codice etico (o di comportamento) con riferimento ai reati *ex* D. Lgs. n. 231/2001 e sistema disciplinare

1. Premessa

L'adozione di principi etici rilevanti ai fini della prevenzione dei reati *ex* D. Lgs. 231/2001 costituisce un elemento essenziale del sistema di controllo preventivo. Tali principi possono essere inseriti in un codice etico (o codice di comportamento).

In termini generali i codici etici sono documenti ufficiali dell'ente che contengono l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti dei "portatori d'interesse" (dipendenti, fornitori, clienti, Pubblica Amministrazione, azionisti, mercato finanziario, ecc.). Tali codici mirano a raccomandare, promuovere o vietare determinati comportamenti, al di là ed indipendentemente da quanto previsto a livello normativo, e possono prevedere sanzioni proporzionate alla gravità delle eventuali infrazioni commesse. I codici etici sono documenti voluti ed approvati dal massimo vertice dell'ente.

Nel caso specifico è stata predisposta una struttura minima - focalizzata sui comportamenti rilevanti ai fini del D. Lgs. n. 231/2001 e distintamente formulata in relazione, da un lato, alla generalità delle fattispecie di reato doloso, dall'altro ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sul lavoro - che può costituire una porzione di un più ampio codice etico eventualmente esistente. La struttura di seguito descritta - ovviamente non vincolante - è rappresentata da una serie di regole comportamentali cui i destinatari devono attenersi nei rapporti con una serie di interlocutori, tra i quali un rilievo preminente spetta alla Pubblica Amministrazione sia italiana che straniera ed ai pubblici dipendenti.

In considerazione dell'estensione della responsabilità amministrativa prevista dal decreto 231 a numerose altre fattispecie di reato, gli enti dovrebbero arricchire lo schema proposto con ulteriori e più dettagliate indicazioni. In particolare, l'ente dovrebbe valutare, con riguardo ad ogni singola fattispecie di reato cui si applica il decreto 231, quale sia il rischio specifico di commettere quel determinato reato ed introdurre principi etici *ad hoc*. Come accennato, principi di comportamento possono essere contenuti anche in altri atti, codici o linee guida di cui l'ente sia già dotato, si pensi, ad esempio, alle indicazioni contenute nei codici di *corporate governance*, nei regolamenti sull'*internal dealing*, ecc. per quanto attiene specificamente i reati societari o gli abusi di mercato.

e) protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici;
f) adozione di procedure per la custodia di copie di sicurezza, per il ripristino della disponibilità dei dati e dei sistemi;
g) tenuta di un aggiornato documento programmatico sulla sicurezza;
h) adozione di tecniche di cifratura o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati.

2. Contenuti minimi del Codice etico (o di comportamento) in relazione ai reati dolosi previsti dal D. Lgs. n. 231/2001

- *L'ente ha come principio imprescindibile il rispetto di leggi e regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui esso opera.*

Ogni dipendente dell'ente deve impegnarsi al rispetto delle leggi e dei regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui l'ente opera.

Tale impegno dovrà valere anche per i consulenti, fornitori, clienti e per chiunque abbia rapporti con l'ente. Quest'ultimo non inizierà o proseguirà nessun rapporto con chi non intenda allinearsi a questo principio.

I dipendenti devono essere a conoscenza delle leggi e dei comportamenti conseguenti; qualora esistessero dei dubbi su come procedere l'ente dovrà informare adeguatamente i propri dipendenti.

L'ente dovrà assicurare un adeguato programma di formazione e sensibilizzazione continua sulle problematiche attinenti al codice etico.

- *Ogni operazione e transazione deve essere correttamente registrata, autorizzata, verificabile, legittima, coerente e congrua.*

Tutte le azioni e le operazioni dell'ente devono avere una registrazione adeguata e deve essere possibile la verifica del processo di decisione, autorizzazione e di svolgimento.

Per ogni operazione vi deve essere un adeguato supporto documentale al fine di poter procedere, in ogni momento, all'effettuazione di controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuino chi ha autorizzato, effettuato, registrato, verificato l'operazione stessa.

- *Principi base relativamente ai rapporti con gli interlocutori dell'ente: Pubblica Amministrazione, pubblici dipendenti e, nel caso di enti concessionari di pubblico servizio, interlocutori commerciali privati.*

(Occorre qui specificare che alcuni comportamenti rientranti nella normale prassi commerciale possono essere ritenuti inaccettabili, quando non addirittura in aperta violazione di legge e/o regolamenti, se tenuti nei confronti di dipendenti della Pubblica Amministrazione o di funzionari che agiscono per conto della Pubblica Amministrazione).

Non è consentito offrire denaro o doni a dirigenti, funzionari o dipendenti della Pubblica Amministrazione o a loro parenti, sia italiani che di altri paesi, salvo che si tratti di doni o utilità d'uso di modico valore.

Si considerano atti di corruzione sia i pagamenti illeciti fatti direttamente da enti italiani o da loro dipendenti, sia i pagamenti illeciti fatti tramite persone che agiscono per conto di tali enti sia in Italia che all'estero.

Si proibisce di offrire o di accettare qualsiasi oggetto, servizio, prestazione o favore di valore per ottenere un trattamento più favorevole in relazione a qualsiasi rapporto intrattenuto con la Pubblica Amministrazione.

In quei paesi dove è nel costume offrire doni a clienti od altri, è possibile agire in tal senso quando questi doni siano di natura appropriata e di valore modico, ma sempre nel rispetto delle leggi. Ciò non deve comunque mai essere interpretato come una ricerca di favori.

Quando è in corso una qualsiasi trattativa d'affari, richiesta o rapporto con la Pubblica Amministrazione, il personale incaricato non deve cercare di influenzare impropriamente le decisioni della controparte, comprese quelle dei funzionari che trattano o prendono decisioni, per conto della Pubblica Amministrazione.

Nel caso specifico dell'effettuazione di una gara con la Pubblica Amministrazione si dovrà operare nel rispetto della legge e della corretta pratica commerciale.

Se l'ente utilizza un consulente o un soggetto "terzo" per essere rappresentato nei rapporti verso la Pubblica Amministrazione, si dovrà prevedere che nei confronti del consulente e del suo personale o nei confronti del soggetto "terzo" siano applicate le stesse direttive valide anche per i dipendenti dell'ente.

Inoltre, l'ente non dovrà farsi rappresentare, nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, da un consulente o da un soggetto "terzo" quando si possano creare conflitti d'interesse.

Nel corso di una trattativa d'affari, richiesta o rapporto commerciale con la Pubblica Amministrazione non vanno intraprese (direttamente o indirettamente) le seguenti azioni:

- esaminare o proporre opportunità di impiego e/o commerciali che possano avvantaggiare dipendenti della Pubblica Amministrazione a titolo personale;
- offrire o in alcun modo fornire omaggi;
- sollecitare o ottenere informazioni riservate che possano compromettere l'integrità o la reputazione di entrambe le parti.

Possono inoltre sussistere divieti legati ad assumere, alle dipendenze dell'ente, ex impiegati della Pubblica Amministrazione (o loro parenti), che abbiano partecipato personalmente e attivamente alla trattativa d'affari, o ad avallare le richieste effettuate dall'ente alla Pubblica Amministrazione.

Qualsiasi violazione (effettiva o potenziale) commessa dall'ente o da terzi va segnalata tempestivamente alle funzioni interne competenti.

L'ente può contribuire al finanziamento di partiti politici, comitati, organizzazioni pubbliche o candidati politici purché nel rispetto delle normative vigenti.

3. Contenuti minimi del Codice etico (o di comportamento) in relazione ai reati colposi previsti dall'art. 25-*septies* del D. Lgs. n. 231/2001

L'impresa dovrebbe esplicitare chiaramente e rendere noti, mediante un documento formale, i principi e criteri fondamentali in base ai quali vengono prese le decisioni, di ogni tipo e ad ogni livello, in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Tali principi e criteri[25] possono così individuarsi:

a) evitare i rischi;

b) valutare i rischi che non possono essere evitati;

c) combattere i rischi alla fonte;

d) adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione, in particolare per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute;

e) tener conto del grado di evoluzione della tecnica;

f) sostituire ciò che è pericoloso con ciò che non è pericoloso o che è meno pericoloso;

g) programmare la prevenzione, mirando ad un complesso coerente che integri nella medesima la tecnica, l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro;

h) dare la priorità alle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale;

i) impartire adeguate istruzioni ai lavoratori.

Tali principi sono utilizzati dall'impresa per prendere le misure necessarie per la protezione della sicurezza e salute dei lavoratori, comprese le attività di prevenzione dei rischi professionali, d'informazione e formazione, nonché l'approntamento di un'organizzazione e dei mezzi necessari.

25 Il parametro di riferimento di tali principi e criteri è costituito dai principi generali di protezione della salute e per la sicurezza dei lavoratori, sanciti dall'art. 6, commi 1 e 2, della Direttiva europea n. 89/391 (c.d. "Direttiva Quadro").

Tutta l'azienda, sia ai livelli apicali che a quelli operativi, deve attenersi a questi principi, in particolare quando devono essere prese delle decisioni o fatte delle scelte e, in seguito, quando le stesse devono essere attuate (v. art. 6, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 231/2001).

4. Sistema disciplinare e meccanismi sanzionatori

Un punto qualificante nella costruzione del modello è costituito dalla previsione di un adeguato sistema sanzionatorio per la violazione delle norme del codice etico, nonché delle procedure previste dal modello. Simili violazioni ledono infatti il rapporto di fiducia instaurato con l'ente[26] e devono di conseguenza comportare azioni disciplinari, a prescindere dall'eventuale instaurazione di un giudizio penale nei casi in cui il comportamento costituisca reato.

La valutazione disciplinare dei comportamenti effettuata dai datori di lavoro, salvo, naturalmente, il successivo eventuale controllo del giudice del lavoro, non deve, infatti, necessariamente coincidere con la valutazione del giudice in sede penale, data l'autonomia della violazione del codice etico e delle procedure interne rispetto alla violazione di legge che comporta la commissione di un reato. Il datore di lavoro non è tenuto quindi, prima di agire, ad attendere il termine del procedimento penale eventualmente in corso. I principi di tempestività ed immediatezza della sanzione rendono infatti non soltanto non doveroso, ma altresì sconsigliabile ritardare l'irrogazione della sanzione disciplinare in attesa dell'esito del giudizio eventualmente instaurato davanti al giudice penale.

Quanto alla tipologia di sanzioni irrogabili, in via preliminare va precisato che, nel caso di rapporto di **lavoro subordinato**, qualsiasi provvedimento sanzionatorio deve rispettare le procedure previste dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori e/o da normative speciali, dove applicabili, caratterizzato, oltre che dal principio di tipicità delle violazioni, anche dal principio di tipicità delle sanzioni.

Nel caso di violazioni del codice etico e delle procedure con esso stabilite (ad esempio il mancato rispetto, da parte di un impiegato contabile, delle disposizioni del codice etico dell'azienda o delle procedure che regolamentano la gestione dei flussi finanziari) che possano dar luogo a problemi di carattere tecnico-organizzativo è possibile adottare misure, quale l'adibizione del dipendente ad altra area aziendale, purché ciò non comporti un suo demansionamento.

Con riguardo ad un eventuale trasferimento del dipendente (inteso nel senso di spostamento da un'unità produttiva ad altra), esso è ipotizzabile quale provvedimento disciplinare, purché espressamente previsto (sempre per il principio di tipicità) tra le misure disciplinari sta-

26 Cfr. gli artt. 2104 e 2105 cod. civ. che stabiliscono obblighi in termini di diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro nei confronti del proprio datore.

bilite dalla contrattazione collettiva e dai codici disciplinari adottati in attuazione di queste ultime a livello aziendale. In caso contrario esso può essere legittimamente attuato soltanto quando ricorrano le ragioni tecniche, organizzative o produttive previste dall'art. 2103 cod. civ. A questo proposito occorre puntualizzare che la legge 27 marzo 2001, n. 97 (*"Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti sul giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche"*) prevede espressamente, all'art. 3, la possibilità di trasferimento del dipendente di enti a prevalente partecipazione pubblica, a seguito di rinvio a giudizio per uno dei reati previsti agli artt. 314, co. 1, 317, 318, 319, 319-*ter* e 320 cod. pen. e dall'art. 3, l. n. 1383/1941.

In ragione della loro valenza disciplinare, il codice etico e le procedure il cui mancato rispetto si intende sanzionare vanno espressamente inseriti nel regolamento disciplinare aziendale, se esistente, o comunque formalmente dichiarati vincolanti per tutti i destinatari del modello (ad esempio mediante una circolare interna o un comunicato formale), nonché esposti, così come previsto dall'art. 7, co. 1, l. n. 300/1970, *"mediante affissione in luogo accessibile a tutti"*[27], evidenziando esplicitamente le sanzioni collegate alle diverse violazioni.

Qualora la violazione delle norme etiche fosse invece posta in essere da un **lavoratore autonomo, fornitore o altro soggetto avente rapporti contrattuali con l'impresa**, potrà prevedersi, quale sanzione, la risoluzione del contratto. Uno strumento utile a questo scopo potrebbe essere costituito dall'inserimento di clausole risolutive espresse nei contratti di fornitura o collaborazione (agenzia, *partnership*, appalto, ecc.) che facciano esplicito riferimento al rispetto delle disposizioni del codice etico.

---

27 Agli effetti della salute e sicurezza sul lavoro, sarà opportuno inserire nel regolamento disciplinare aziendale - o, in mancanza, indicare in modo formale come vincolanti per tutti i dipendenti - i principali doveri dei lavoratori, mutuandoli dalle previsioni dell'art. 5 del D. Lgs. n. 626/1994, qui di seguito riportato.
D. Lgs. n. 626/1994, art. 5 - Obblighi dei lavoratori
"1. Ciascun lavoratore deve prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui possono ricadere gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione ed alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.
2. In particolare i lavoratori:
a) osservano le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale;
b) utilizzano correttamente i macchinari, le apparecchiature, gli utensili, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto e le altre attrezzature di lavoro, nonché i dispositivi di sicurezza;
c) utilizzano in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;
d) segnalano immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dispositivi di cui alle lettere b) e c), nonché le altre eventuali condizioni di pericolo di cui vengono a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle loro competenze e possibilità, per eliminare o ridurre tali deficienze o pericoli, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
e) non rimuovono o modificano senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;
f) non compiono di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;
g) si sottopongono ai controlli sanitari previsti nei loro confronti;
h) contribuiscono, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento di tutti gli obblighi imposti dall'autorità competente o comunque necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori durante il lavoro."

III. L'ORGANISMO DI VIGILANZA

1. Premessa

Come si è visto, l'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001 prevede che l'ente possa essere esonerato dalla responsabilità conseguente alla commissione dei reati indicati se l'organo dirigente ha, fra l'altro:

a) adottato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati considerati;

b) affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (di seguito l'Organismo).

L'affidamento di detti compiti all'Organismo ed, ovviamente, il corretto ed efficace svolgimento degli stessi sono, dunque, presupposti indispensabili per l'esonero dalla responsabilità, sia che il reato sia stato commesso dai soggetti "apicali" (espressamente contemplati dall'art. 6), che dai soggetti sottoposti all'altrui direzione (di cui all'art. 7).

L'art. 7, co. 4, ribadisce, infine, che l'efficace attuazione del Modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua verifica periodica, evidentemente da parte dell'organismo a ciò deputato.

Da quanto sopra sinteticamente richiamato, si rileva l'importanza del ruolo dell'Organismo, nonché la complessità e l'onerosità dei compiti che esso deve svolgere.

Per una corretta configurazione dell'Organismo è necessario valutare attentamente i compiti ad esso espressamente conferiti dalla legge, nonché i requisiti che esso deve avere per poter svolgere in maniera adeguata i propri compiti.

2. Individuazione dell'organismo di vigilanza

2.1. Composizione dell'organismo di vigilanza

La disciplina in esame non fornisce indicazioni circa la composizione dell'Organismo di vigilanza (Odv). Ciò consente di optare per una composizione sia mono che plurisoggettiva. Nella composizione plurisoggettiva possono essere chiamati a far parte dell'Odv componenti interni ed esterni all'ente, purché ciascuno di essi abbia i requisiti di cui tra breve si dirà.

Sebbene in via di principio la composizione sembri indifferente per il legislatore, la scelta tra l'una o l'altra soluzione deve tenere conto delle finalità perseguite dalla legge e, quindi, deve assicurare il profilo di effettività dei controlli in relazione alla dimensione ed alla com-

plessità organizzativa dell'ente. Con riferimento alle imprese di piccole dimensioni, si deve ricordare che l'art. 6, co. 4, consente che i compiti di cui alla lett. b) dell'art. 6, co. 2, siano assolti dall'organo dirigente.

Questa impostazione è stata confermata dalla giurisprudenza, che ha ribadito l'esigenza di scegliere il tipo di composizione anche in relazione alle dimensioni aziendali. Pertanto, nelle realtà di piccole dimensioni (su cui si veda il Cap. IV per maggiori approfondimenti), che non si avvalgano della facoltà di cui al comma 4 dell'art. 6, la composizione monocratica ben potrebbe garantire le funzioni demandate all'Organismo, mentre in quelle di dimensioni medio grandi sarebbe preferibile una composizione di tipo collegiale. Ciò al fine di garantire una maggiore effettività dei controlli demandati dalla legge.

2.2. Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza

Nel dettaglio, le attività che l'Organismo è chiamato ad assolvere, anche sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231/2001, possono così schematizzarsi:

- vigilanza sull'**effettività** del modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;
- disamina in merito all'**adeguatezza** del modello, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti;
- analisi circa il **mantenimento** nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- cura del necessario **aggiornamento** in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti. Tale cura, di norma, si realizza in due momenti distinti ed integrati:
- presentazione di **proposte di adeguamento** del modello verso gli organi/funzioni aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale. A seconda della tipologia e della portata degli interventi, le proposte saranno dirette verso le funzioni di Personale ed Organizzazione, Amministrazione, ecc., o, in taluni casi di particolare rilevanza, verso il Consiglio di Amministrazione;
- **follow-up**, ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte.

Si tratta di attività specialistiche, prevalentemente di controllo, che presuppongono la conoscenza di tecniche e strumenti *ad hoc*, nonché una continuità di azione elevata.

L'estensione dell'applicazione del decreto 231 ai delitti colposi pone un problema di rapporti tra il piano della sicurezza e quello del modello organizzativo, nonché tra le attività dei

soggetti responsabili dei controlli in materia di salute e sicurezza sul lavoro e l'organismo di vigilanza. L'autonomia di funzioni proprie di questi organi non consente di ravvisare una sovrapposizione dei compiti di controllo, che sarebbe quindi tanto inutile quanto inefficace. Deve essere chiaro pertanto, così come specificato nella apposita parte del Case Study, che i diversi soggetti deputati al controllo svolgono i propri compiti su piani differenti.

Questi elementi, sommati all'indicazione contenuta nella Relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 231/2001 che, in merito all'Organismo, parla di *"(...) una struttura che deve essere costituita al suo (dell'ente) interno (...)"*[28], inducono ad escludere il riferimento al Consiglio di Amministrazione.

Fatta questa esclusione, è però opportuno precisare sin da ora che il massimo vertice societario (es. Consiglio di Amministrazione o Amministratore Delegato), pur con l'istituzione dell'Organismo *ex* D. Lgs. n. 231/2001, mantiene invariate tutte le attribuzioni e le responsabilità previste dal Codice Civile[29], alle quali si aggiunge oggi quella relativa all'adozione ed all'efficacia del Modello, nonché all'istituzione dell'Organismo (art. 6, co. 1, lett. *a)* e *b)*).

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi per il Collegio sindacale. Sotto il profilo della professionalità quest'organo sembra ben attrezzato per adempiere efficacemente al ruolo di vigilanza sul Modello. Per contro, appare più arduo riscontrare la necessaria ***continuità di azione*** che il legislatore ha inteso attribuire all'Organismo.

Va, inoltre, tenuto presente che in molte realtà societarie di minori dimensioni quest'organo non è obbligatorio per legge e, ancora, che l'attività di esso può essere oggetto di controllo (in particolare con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali) ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001.

È evidente, peraltro, che il Collegio sindacale, per la notevole affinità professionale e per i compiti che gli sono attribuiti dalla Legge, sarà uno degli interlocutori "istituzionali" dell'Organismo. I sindaci, infatti, essendo investiti della responsabilità di valutare l'adeguatezza dei sistemi

28 In particolare, la Relazione spiega che: "...a tal fine, per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la societas si avvalga di una struttura che deve essere costituita al suo interno (onde evitare facili manovre volte a precostituire una patente di legittimità all'operato della societas attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente)".

29 Cfr. il nuovo art. 2392 cod. civ. "(Responsabilità verso la società). Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.
In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.
La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale."

di controllo interno (in modo specifico nelle SPA, quotate e non[30]; in via indiretta nelle SRL, in base al dovere di vigilare sulla correttezza dell'amministrazione), dovranno essere sempre informati dell'eventuale commissione dei reati considerati, così come di eventuali carenze del Modello.

In taluni casi, rientranti nella patologia aziendale, poi, l'Organismo potrà riferire al Collegio sindacale affinché questo si attivi secondo quanto previsto dalla legge.

Occorre ora verificare se, nell'ambito delle varie forme che assume in concreto il disegno organizzativo aziendale, esiste già - negli enti destinatari della norma ed, in particolare, nelle società di medio-grandi dimensioni - una struttura che possieda i requisiti necessari per assolvere il mandato ed essere, quindi, identificata nell'Organismo voluto dal D. Lgs. n. 231/2001.

A questo scopo appare opportuno riassumere sinteticamente quelli che appaiono i principali requisiti dell'Organismo.

- **Autonomia ed indipendenza**[31]

  L'interpretazione di questi requisiti ha determinato non pochi dubbi e perplessità. È chiaro che, ad esempio, il pagamento di un compenso alla persona, interna o esterna all'ente, per l'attività in argomento non costituisce causa di "dipendenza".

  I requisiti vanno intesi in relazione alla funzionalità dell'Odv e, in particolare, ai compiti che la legge assegna allo stesso (sui requisiti dei singoli componenti si dirà tra breve). La posizione dell'Odv nell'ambito dell'ente deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma d'interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente (e in particolare dell'organo dirigente). Tali requisiti sembrano assicurati dall'inserimento dell'Organismo in esame come unità di staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile e prevedendo il "riporto" al massimo Vertice operativo aziendale ovvero al Consiglio di Amministrazione nel suo complesso.

  Per assicurare la necessaria autonomia di iniziativa e l'indipendenza è poi indispensabile che all'Odv non siano attribuiti compiti operativi che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul Modello.

---

30 L'art. 2403 cod. civ. prevede, tra i doveri del collegio sindacale, che esso debba vigilare sull'adeguatezza del sistema amministrativo, organizzativo e contabile della società e sul suo corretto funzionamento. Per le società quotate tali competenze erano già state fissate dall'art. 149 del TUF.

31 Si ritiene opportuno richiamare quanto recita effettivamente il D. Lgs. n. 231/2001 in ordine alla citata esigenza di autonomia o indipendenza (quest'ultimo termine in particolare sta ad indicare l'indipendenza di giudizio dell'Organismo rispetto ai soggetti controllati): "art. 6, comma 1, lett. b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controlli".
Un minimo di riflessione ci conduce ad escludere la necessaria sovrapponibilità tra "soggetto autonomo ed indipendente" e l'esercizio "di autonomi poteri d'iniziativa e controllo".

Con riferimento all'Odv a composizione plurisoggettiva ci si deve chiedere se i requisiti di autonomia ed indipendenza siano riferibili all'Organismo in quanto tale ovvero ai suoi componenti singolarmente considerati. Si ritiene che con riferimento ai componenti dell'Organismo reclutati all'esterno i requisiti di autonomia ed indipendenza debbano essere riferiti ai singoli componenti. Al contrario, nel caso di composizione mista dell'Organismo, non essendo esigibile dai componenti di provenienza interna una totale indipendenza dall'ente, il grado di indipendenza dell'Organismo dovrà essere valutato nella sua globalità.

Anche in questo caso, tuttavia, conformemente alle prime indicazioni giurisprudenziali, i componenti interni dell'Odv non dovrebbero svolgere, nell'ambito dell'ente o di soggetti da questo controllati o che lo controllano, funzioni operative.

Nell'ipotesi di Odv a composizione monocratica, l'assenza di situazioni di conflitto di interessi in capo al componente interno dovrebbe essere attentamente valutata sia con riguardo alla titolarità di compiti operativi che anche di eventuali funzioni di controllo già esercitate nell'ambito dell'ente.

- **Professionalità**

Questo connotato si riferisce al bagaglio di strumenti e tecniche che l'Organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata. Si tratta di tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività "ispettiva", ma anche consulenziale di analisi dei sistemi di controllo e di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico.

Quanto all'attività ispettiva e di analisi del sistema di controllo, è evidente il riferimento - a titolo esemplificativo - al campionamento statistico; alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi; alle misure per il loro contenimento (procedure autorizzative; meccanismi di contrapposizione di compiti; ecc.); al *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza; alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari; ad elementi di psicologia; alle metodologie per l'individuazione di frodi; ecc. Si tratta di tecniche che possono essere utilizzate *a posteriori*, per accertare come si sia potuto verificare un reato delle specie in esame e chi lo abbia commesso (approccio ispettivo); oppure in via preventiva, per adottare - all'atto del disegno del Modello e delle successive modifiche - le misure più idonee a prevenire, con ragionevole certezza, la commissione dei reati medesimi (approccio di tipo consulenziale); o, ancora, correntemente per verificare che i comportamenti quotidiani rispettino effettivamente quelli codificati.

Con riferimento, invece, alle competenze giuridiche, non va dimenticato che la disciplina in argomento è in buona sostanza una disciplina penale e che l'attività dell'Odv (ma forse sarebbe più corretto dire dell'intero sistema di controllo previsto dal decreto in parola) ha

lo scopo di prevenire la realizzazione di reati.

È dunque essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità realizzative dei reati, che potrà essere assicurata mediante l'utilizzo delle risorse aziendali ovvero della consulenza esterna.

A questo riguardo, per quanto concerne le tematiche di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, l'Odv dovrà avvalersi di tutte le risorse attivate per la gestione dei relativi aspetti (come detto, RSPP - Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, ASPP – Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, RLS – Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, MC - Medico Competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso d'incendio), comprese quelle previste dalle normative di settore quali, ad esempio, il già citato D. Lgs. n. 494/1996.

- **Continuità di azione**

  Per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello così articolato e complesso quale é quello delineato, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni si rende necessaria la presenza di una struttura dedicata esclusivamente ed a tempo pieno all'attività di vigilanza sul Modello priva, come detto, di mansioni operative che possano portarla ad assumere decisioni con effetti economico-finanziari.

  Ciò non esclude, peraltro, che questa struttura possa fornire, come già detto, anche pareri consultivi sulla costruzione del Modello, affinché questo non nasca già con punti di debolezza o falle in riferimento ai reati che si intende evitare: pareri consultivi, infatti, non intaccano l'indipendenza e l'obiettività di giudizio su specifici eventi.

  Allo scopo di assicurare l'effettiva sussistenza dei descritti requisiti, sia nel caso di un Organismo di vigilanza composto da una o più risorse interne che nell'ipotesi in cui esso sia composto, in via esclusiva o anche, da più figure esterne, sarà opportuno che i membri possiedano, oltre alle competenze professionali descritte, i requisiti soggettivi formali che garantiscano ulteriormente l'autonomia e l'indipendenza richiesta dal compito (es. onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela con gli organi sociali e con il vertice, ecc.). Tali requisiti andranno specificati nel Modello organizzativo.

  I requisiti di autonomia, onorabilità e professionalità potranno anche essere definiti per rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria. Ciò vale, in particolare, quando si opti per una composizione plurisoggettiva dell'Organismo di vigilanza ed in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale modello di governo societario (es. un amministratore non esecutivo o indipendente membro del comitato per il controllo interno; un

componente del Collegio sindacale; il preposto al controllo interno). In questi casi l'esistenza dei requisiti richiamati viene già assicurata, anche in assenza di ulteriori indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per gli amministratori indipendenti, per i sindaci e per il preposto ai controlli interni.

Al momento della formale adozione del Modello, pertanto, l'organo dirigente dovrà:

- disciplinare gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'Organismo (es. modalità di nomina e revoca, durata in carica) ed ai requisiti soggettivi dei suoi componenti;
- comunicare alla struttura i compiti dell'Organismo ed i suoi poteri, prevedendo, in via eventuale, sanzioni in caso di mancata collaborazione.

  In particolare, l'Organismo deve essere dotato di tutti i poteri necessari per assicurare una puntuale ed efficiente vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello organizzativo adottato dalla società, secondo quanto stabilito dall'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001, e segnatamente per l'espletamento dei seguenti compiti:

  a) verifica dell'efficienza ed efficacia del Modello organizzativo adottato rispetto alla prevenzione ed all'impedimento della commissione dei reati previsti dal D. Lgs. n. 231/2001;

  b) verifica del rispetto delle modalità e delle procedure previste dal Modello organizzativo e rilevazione degli eventuali scostamenti comportamentali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni;

  c) formulazione delle proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti ed adeguamenti del Modello organizzativo adottato, da realizzarsi mediante le modifiche e/o le integrazioni che si dovessero rendere necessarie in conseguenza di:

     * significative violazioni delle prescrizioni del Modello organizzativo;
     * significative modificazioni dell'assetto interno della Società e/o delle modalità di svolgimento delle attività d'impresa;
     * modifiche normative;

  d) segnalazione all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, di quelle violazioni accertate del Modello organizzativo che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente.

     Per quel che riguarda i punti c) e d) sarebbe opportuno prevedere che gli incontri con gli organi societari cui l'Organismo riferisce siano documentati. Copia della documentazione dovrebbe essere custodita dall'Organismo;

e) predisposizione di una relazione informativa, su base almeno semestrale, per l'organo dirigente e, in particolare, per la sua eventuale articolazione organizzativa costituita dal Comitato per il controllo interno, quando esso non sia investito della funzione di OdV, in ordine alle attività di verifica e controllo compiute ed all'esito delle stesse;

f) trasmissione della relazione di cui al punto precedente al Collegio sindacale.

Nel Modello organizzativo dovrebbe inoltre essere specificato che:

- le attività poste in essere dall'Organismo non possano essere sindacate da alcun altro organismo o struttura aziendale, fermo restando però che l'organo dirigente è in ogni caso chiamato a svolgere un'attività di vigilanza sull'adeguatezza del suo intervento, in quanto all'organo dirigente appunto rimonta la responsabilità ultima del funzionamento (e dell'efficacia) del modello organizzativo;
- l'Organismo abbia libero accesso presso tutte le funzioni della Società - senza necessità di alcun consenso preventivo - onde ottenere ogni informazione o dato ritenuto necessario per lo svolgimento dei compiti previsti dal D. Lgs. n. 231/2001;
- l'Organismo possa avvalersi - sotto la sua diretta sorveglianza e responsabilità - dell'ausilio di tutte le strutture della Società ovvero di consulenti esterni.

Infine, nel contesto delle procedure di formazione del *budget* aziendale, l'organo dirigente dovrà approvare una dotazione adeguata di risorse finanziarie, proposta dall'Organismo stesso, della quale l'Organismo potrà disporre per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei compiti (es. consulenze specialistiche, trasferte, ecc.).

La definizione degli aspetti attinenti alla continuità dell'azione dell'Organismo, quali la calendarizzazione dell'attività, la verbalizzazione delle riunioni e la disciplina dei flussi informativi dalle strutture aziendali all'Organismo, potrà essere rimessa allo stesso Organismo, il quale in questi casi dovrà disciplinare il proprio funzionamento interno.

A tale proposito è opportuno che l'Organismo formuli un regolamento delle proprie attività (determinazione delle cadenze temporali dei controlli, individuazione dei criteri e delle procedure di analisi, ecc.). Non è, invece, opportuno che tale regolamento sia redatto ed approvato da organi societari diversi dall'Organismo di cui ci occupiamo giacché questo potrebbe far ritenere violata l'indipendenza dello stesso.

2.3. Utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti o costituzione di un organismo ad hoc

Così illustrate le attività da svolgere ed i principali requisiti che l'Organismo deve possedere, occorre accertare se, in prima approssimazione, alcune funzioni o strutture aziendali già esistenti possano rispondervi: in tal senso l'attenzione va prioritariamente alle funzioni Per-

sonale e Organizzazione, Legale, Amministrazione e controlli gestionali e, per la salute e sicurezza sul lavoro, servizio di prevenzione e protezione.

Con riguardo alle prime tre funzioni, si ravvisano almeno due elementi che sconsigliano questa opzione. In primo luogo tali funzioni/strutture mancano delle figure professionali in possesso delle tecniche e degli strumenti appena descritti; secondariamente, trattandosi di funzioni a cui sono attribuiti importanti poteri decisori e deleghe operative, potrebbero, singolarmente considerate, difettare dell'indispensabile requisito dell'indipendenza ed obiettività di giudizio sull'*iter* di un processo o di un atto o sull'operato di un dipendente.

Analogamente, è da escludere, relativamente alla prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la conferibilità del ruolo di Organismo di controllo al *"responsabile del servizio di prevenzione e protezione"* di cui al D. Lgs. n. 626/1994. Tale figura, sia essa interna o esterna (consulente) all'organizzazione aziendale, è dotata di autonomi poteri di iniziativa e controllo che esplica, con continuità di azione, nel modo di volta in volta ritenuto più opportuno attraverso ispezioni, richieste di chiarimenti, controlli *in loco*, verifiche delle procedure di sicurezza e/o aggiornamenti delle stesse, ecc., avvalendosi di un appropriato bagaglio di strumenti e tecniche specialistiche (professionalità). È, però, indubbio come lo stesso soggetto svolga un ruolo operativo e sia quasi sempre inserito all'interno di precise gerarchie aziendali dalle quali dipende o, quando esterno all'azienda, vincolato da rapporti contrattuali con esponenti delle predette gerarchie aventi ad oggetto le attività di controllo in parola.

Diversa, invece, la valutazione relativa a quelle funzioni ed organi (il riferimento è al Comitato per il controllo interno[32] ed alla funzione di *Internal Auditing* o Revisione Interna) istituiti - soprattutto negli enti di dimensioni medio-grandi, quotati e non - con il compito di vigilare sul complessivo Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi, del quale, come si è visto, il Modello organizzativo è una parte.

L'istituzione di tali organi/funzioni si va via via diffondendo a seguito sia delle indicazioni provenienti dalle discipline in materia di organizzazione aziendale, che dei sempre più frequenti riferimenti normativi o regolamentari da parte del legislatore italiano o di Autorità di vigilanza che invitano, ed in alcuni casi addirittura obbligano, all'istituzione di organi ed unità preposti alla verifica dei Sistemi di Controllo Interno.

A. Per quanto riguarda il Comitato per il controllo interno, le società che ne siano dotate possono conferire a tale organo il ruolo di Organismo di vigilanza. Il Comitato, infatti, presenta

32 L'istituzione di un Comitato per il controllo interno è raccomandata dal Principio 8.P.4. del Codice di Autodisciplina per le società quotate (versione 2006).

una serie di caratteristiche che lo rendono idoneo a svolgere i compiti che il decreto 231 attribuisce all'Odv.

In primo luogo, il Comitato per il controllo interno è dotato di autonomia ed indipendenza, in quanto deve essere composto, secondo le indicazioni del Codice di autodisciplina per le società quotate, da amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti[33]. È importante richiamare anche quanto previsto dalla riforma del diritto societario che richiede all'art. 2409-*octiesdecies*, co. 2, cod. civ., accanto ai requisiti di indipendenza dei suoi componenti, il possesso altresì di requisiti di onorabilità e professionalità, la cui disciplina è rinviata allo statuto.

Inoltre, il Comitato per il controllo interno svolge un ruolo del tutto assimilabile a quello richiesto all'Odv. Il Comitato, infatti, presiede al sistema di controlli interni dell'impresa in quanto: assiste il Consiglio di Amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato; valuta il piano di lavoro preparato dai preposti al controllo interno e riceve le relazioni periodiche degli stessi; valuta, unitamente ai responsabili amministrativi della società ed ai revisori, l'adeguatezza dei principi contabili utilizzati e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione e nella lettera di suggerimenti; riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e della relazione semestrale, sull'attività svolta e sulla adeguatezza del sistema di controllo interno; svolge gli ulteriori compiti che gli vengono attribuiti dal consiglio di amministrazione, particolarmente in relazione ai rapporti con la società di revisione.

Nelle realtà aziendali che decidano di attribuire il ruolo di organismo di vigilanza al Comitato per il controllo interno, quest'ultimo potrà avvalersi anche dell'*Internal Auditing* per lo svolgimento delle attività di vigilanza. È, infatti, proprio grazie all'attività dei preposti ai controlli interni che può essere garantita la continuità d'azione richiesta all'Odv.

B. Le società che ne siano provviste potranno in alternativa decidere di attribuire il ruolo di organismo di vigilanza alla funzione di *Internal Auditing*. Questa funzione è richiamata dal D. Lgs. n. 58/1998 (TUF) che, all'art. 150, prevede la figura di "colui che è preposto ai controlli interni"[33]; le istruzioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia, pubblicate sulla G.U. n.

33 Al Principio 8.P.4. viene raccomandato che, nel caso in cui l'emittente sia controllato da altra società quotata, il comitato sia composto esclusivamente da amministratori indipendenti.
34 Nel senso di colui che è preposto alla verifica dell'adeguatezza e del buon funzionamento dei controlli interni.

245 del 20 ottobre 1998; i regolamenti emessi nei confronti degli intermediari autorizzati delle società di gestione del risparmio e delle SICAV dalla Banca d'Italia e dalla Consob, che obbligano questi soggetti all'istituzione di "un'apposita funzione di Controllo Interno", da assegnare "ad apposito responsabile svincolato da rapporti gerarchici rispetto ai responsabili dei settori di attività sottoposti al controllo". Anche il Codice di Autodisciplina fa riferimento alla figura del preposto (cfr. i Criteri applicativi 8.C.1., 8.C.5. e, in particolare, 8.C.6.)[35] ed alla funzione di Internal Auditing (cfr. i Criteri applicativi 8.C.7. e 8.C.8.)[36].

Sulla base di queste indicazioni, nonché della più evoluta dottrina aziendalistica, la funzione in esame viene spesso collocata, nell'organigramma, alle dirette dipendenze del Vertice esecutivo aziendale (il Presidente esecutivo o l'Amministratore Delegato o figure analoghe) giacché deve operare - come chiarisce il CoSO Report - in supporto ad esso ed a tutto campo sul monitoraggio del Sistema di Controllo Interno che ha, tra i suoi obiettivi, anche quello di assicurare l'efficienza e l'efficacia non solo dei controlli ma anche delle attività operative aziendali (le c.d. *operations*).

Peraltro, avuto riguardo a quella parte di attività di tipo ispettivo (il c.d. *compliance* e *fraud auditing*) che la vigilanza sul Modello comporta, viene stabilito anche un canale di comunicazione o una linea di riporto verso il Consiglio di Amministrazione o il Comitato per il controllo interno, ove esistente. A proposito di tali attività, che richiedono la raccolta di evidenze amministrative all'interno dell'ente, è opportuno evidenziare il ricorso da parte delle più evolute realtà aziendali a strumenti di *security* o di *forensic account*, quali la *business intelligence*.

In definitiva a questa funzione già oggi viene attribuito - oltre al compito di effettuare indagini di carattere ispettivo - anche quello di verificare l'esistenza ed il buon funzionamento dei controlli atti ad evitare il rischio di infrazioni alle leggi in generale, tra cui, ad esempio, quelle sulla sicurezza, sulla protezione dell'ambiente ed in materia di *privacy*.

---

35 Secondo il Criterio applicativo 8.C.6. i preposti al controllo interno:
a) sono incaricati di verificare che il sistema di controllo interno sia sempre adeguato, pienamente operativo e funzionante;
b) non sono responsabili di alcuna area operativa e non dipendono gerarchicamente da alcun responsabile di aree operative, ivi inclusa l'area amministrazione e finanza;
c) hanno accesso diretto a tutte le informazioni utili per lo svolgimento del proprio incarico;
d) dispongono di mezzi adeguati allo svolgimento della funzione loro assegnata;
e) riferiscono del loro operato al comitato per il controllo interno ed al collegio sindacale; può, inoltre, essere previsto che essi riferiscano anche all'amministratore esecutivo incaricato di sovrintendere alla funzionalità del sistema di controllo interno. In particolare, essi riferiscono circa le modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi, nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro contenimento ed esprimono la loro valutazione sull'idoneità del sistema di controllo interno a conseguire un accettabile profilo di rischio complessivo.

36 Il criterio 8.C.7. raccomanda l'istituzione di una funzione di *internal auditing* e prevede che il preposto si identifichi, di regola, con il responsabile di tale funzione. Il Codice prevede, poi, al criterio 8.C.8. che la funzione di *internal auditing* (ma anche quella di preposto) possa essere anche esternalizzata. In particolare, viene stabilito che *"la funzione di internal audit, nel suo complesso o per segmenti di operatività, può essere affidata a soggetti esterni all'emittente, purché dotati di adeguati requisiti di professionalità e indipendenza; a tali soggetti può anche essere attribuito il ruolo di preposto al controllo interno. L'adozione di tali scelte organizzative, adeguatamente motivata, è comunicata agli azionisti e al mercato nell'ambito della relazione sul governo societario"*.

Trattasi di verifiche che riguardano anche i comportamenti quotidiani di chi svolge mansioni operative in questi ambiti e che attengono, quindi, *lato sensu*, anche all'etica individuale ed aziendale.

Queste ulteriori considerazioni consentono di meglio comprendere come la funzione di *Internal Auditing* - se ben posizionata e dotata di risorse adeguate - sia idonea a fungere da Organismo *ex* D. Lgs. n. 231/2001. Peraltro, nei casi in cui si richiedano a questa funzione attività che necessitano di specializzazioni non presenti al suo interno, nulla osta a che essa si avvalga di consulenti esterni ai quali delegare circoscritti ambiti di indagine. Con ciò si evita di istituire ulteriori unità organizzative che, indipendentemente da considerazioni economiche, rischiano di ingenerare sovrapposizioni o eccessive parcellizzazioni di attività.

C. Infine, un'ulteriore alternativa per le imprese è rappresentata dalla istituzione di un **organismo di vigilanza *ad hoc***, a composizione monosoggettiva o plurisoggettiva.

In entrambi i casi, fatta sempre salva la necessità che la funzione di cui alla lett. *b)* dell'art. 6, sia demandata ad un organo dell'ente, nulla osta a che detto organo, al quale sarà riferibile il potere e la responsabilità della vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, nonché del loro aggiornamento, possa avvalersi delle specifiche professionalità di consulenti esterni per l'esecuzione delle operazioni tecniche necessarie per lo svolgimento della funzione di controllo. I consulenti, tuttavia, dovranno sempre riferire i risultati del loro operato all'organismo di vigilanza.

Questa impostazione consente di coniugare il principio di responsabilità che la legge riserva all'organismo riferibile all'ente con le maggiori specifiche professionalità dei consulenti esterni, rendendo così più efficace e penetrante l'attività dell'organismo.

D. Per gli enti di piccole dimensioni si rinvia alla trattazione che verrà svolta nel Cap. IV.

2.4. Conclusioni sulle possibili scelte

Sulla base di quanto detto nei paragrafi precedenti, le opzioni possibili per l'ente, al momento dell'individuazione e configurazione dell'Organismo di vigilanza, possono essere così riassunte:

- attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza al **comitato per il controllo interno**, ove esistente, purché composto esclusivamente da amministratori non esecutivi o indipendenti;

- attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza alla funzione di ***internal auditing***, ove esistente;
- creazione di un **organismo *ad hoc***, a composizione monosoggettiva o plurisoggettiva, costituito, in quest'ultimo caso, da soggetti dell'ente (es. responsabile dell'*internal audit*, della funzione legale, ecc., e/o amministratore non esecutivo e/o indipendente e/o sindaco) e/o da soggetti esterni (es. consulenti, esperti, ecc.);
- per gli enti di piccole dimensioni, attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza all'**organo dirigente** (v. *infra* Cap. IV).

3. Obblighi di informazione dell'organismo di vigilanza

Resta ora da approfondire il significato concreto della previsione contenuta nella lettera *d)* del secondo comma dell'art. 6, in tema di **obblighi di informazione** nei confronti dell'Organismo.

Su questo aspetto la Relazione di accompagnamento non fornisce ulteriori chiarimenti, pertanto si è costretti a procedere sperimentalmente.

L'obbligo di informazione all'Organismo sembra concepito quale ulteriore strumento per agevolare l'attività di vigilanza sull'efficacia del Modello e di accertamento a posteriori delle cause che hanno reso possibile il verificarsi del reato.

Se questo è lo spirito della prescrizione normativa, allora è da ritenere che l'obbligo di dare informazione all'Organismo sia rivolto alle funzioni aziendali a rischio reato e riguardi: *a)* le risultanze periodiche dell'attività di controllo dalle stesse posta in essere per dare attuazione ai modelli (*report* riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, ecc.); *b)* le anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili (un fatto non rilevante se singolarmente considerato, potrebbe assumere diversa valutazione in presenza di ripetitività o estensione dell'area di accadimento).

Nella specie le informazioni potranno riguardare, ad esempio:

- le decisioni relative alla richiesta, erogazione ed utilizzo di finanziamenti pubblici;
- le richieste di assistenza legale inoltrate dai dirigenti e/o dai dipendenti nei confronti dei quali la Magistratura procede per i reati previsti dalla richiamata normativa;
- i provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria, o da qualsiasi altra autorità, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per i reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001;
- le commissioni di inchiesta o relazioni interne dalle quali emergano responsabilità per le ipotesi di reato di cui al D. Lgs. n. 231/2001;

- le notizie relative alla effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, del modello organizzativo, con evidenza dei procedimenti disciplinari svolti e delle eventuali sanzioni irrogate ovvero dei provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni;
- i prospetti riepilogativi degli appalti affidati a seguito di gare a livello nazionale e europeo, ovvero a trattativa privata;
- le notizie relative a commesse attribuite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità.

L'organismo di vigilanza dovrebbe altresì ricevere copia della reportistica periodica in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Va chiarito che, le informazioni fornite all'Organismo di vigilanza mirano a consentirgli di migliorare le proprie attività di pianificazione dei controlli e non, invece, ad imporgli attività di verifica puntuale e sistematica di tutti i fenomeni rappresentati. In altre parole all'Organismo non incombe un obbligo di agire ogni qualvolta vi sia una segnalazione, essendo rimesso alla sua discrezionalità e responsabilità di stabilire in quali casi attivarsi.

È appena il caso di aggiungere che l'obbligo di informazione è stato probabilmente previsto anche allo scopo di conferire maggiore autorevolezza alle richieste di documentazione che si rendono necessarie all'Organismo nel corso delle sue verifiche.

Infine, guardando anche alle esperienze straniere ed in particolare alle *Federal Sentencing Guidelines* statunitensi ed ai relativi *Compliance Programs*, l'obbligo di informazione dovrà essere esteso anche ai dipendenti che vengano in possesso di notizie relative alla commissione dei reati in specie all'interno dell'ente o a "pratiche" non in linea con le norme di comportamento che l'ente è tenuto ad emanare (come visto in precedenza) nell'ambito del Modello disegnato dal D. Lgs. n. 231/2001 (i c.d. codici etici).

Occorre sottolineare che l'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al Modello organizzativo rientra nel più ampio dovere di diligenza ed obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli artt. 2104 e 2105. Tali norme stabiliscono, rispettivamente: *"1. Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. 2. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende"* (art. 2104) e *"Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio."* (art. 2105). Di conseguenza, rientrando in tali doveri, il corretto adempimento all'obbligo di informazione da parte del prestatore di lavoro non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Nel disciplinare un sistema di *reporting* efficace sarà opportuno garantire la riservatezza a chi segnala le violazioni. Allo stesso tempo, sarà opportuno prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma[37].

Mediante la regolamentazione delle modalità di adempimento all'obbligo di informazione non si intende incentivare il fenomeno del riporto dei c.d. *rumors* interni (*whistleblowing*), ma piuttosto realizzare quel sistema di *reporting* di fatti e/o comportamenti reali che non segue la linea gerarchica e che consente al personale di riferire casi di violazione di norme da parte di altri all'interno dell'ente, senza timore di ritorsioni. In questo senso l'Organismo viene ad assumere anche le caratteristiche dell'*Ethic Officer*, senza - però - attribuirgli poteri disciplinari che sarà opportuno allocare in un apposito comitato o, infine, nei casi più delicati al Consiglio di amministrazione.

4. L'organismo di vigilanza nei gruppi di imprese

Un cenno meritano anche le complesse problematiche che il D. Lgs. n. 231/2001 può presentare nell'ambito dei gruppi di imprese.

Come noto, i gruppi di imprese sono spesso caratterizzati dalla tendenza a centralizzare presso la Capogruppo alcune funzioni (acquisti, gestione amministrativo-contabile, finanza, ecc.) allo scopo di conseguire sinergie nonché disporre di leve gestionali dirette per orientare il gruppo verso le politiche e le strategie decise dal Vertice della *holding*.

Anche le funzioni di controllo, ed in particolare quella di *Internal Auditing*, non sfuggono a questa tendenza, sì che - soprattutto nei gruppi con controllate non quotate o di medio-piccole dimensioni - si riscontra spesso l'istituzione di una funzione di revisione interna presso la Capogruppo che esplica, pertanto, le proprie attività sia all'interno della medesima, sia presso le controllate dove la funzione è assente o con organici ridotti.

Un assetto organizzativo di questo tipo, o assetti analoghi, sono volti al raggiungimento di due principali obiettivi: realizzare economie in termini di risorse assegnate e creare un'unica struttura che assicuri un migliore livello qualitativo delle sue prestazioni grazie alle maggiori possibilità di specializzazione, aggiornamento e formazione. Il tutto, ovviamente, deve avvenire salvaguardando l'autonomia e le responsabilità dei Vertici delle singole società controllate, i quali devono poter disporre di questa leva gestionale per essere garantiti del buon funzionamento dei rispettivi sistemi di controllo interno.

37 Si precisa, tuttavia, che l'informativa infondata non determinata da una volontà calunniosa non può essere sanzionata.

Nelle fattispecie di cui sopra soluzioni organizzative di questo genere possono conservare la loro validità anche con riferimento alle esigenze poste dal Modello delineato dal D. Lgs n. 231/2001, purché siano rispettate le seguenti condizioni:

a) in ogni società controllata deve essere istituito l'Organismo di vigilanza *ex* art. 6, co. 1, lett. *b)*, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'art. 6, co. 4, D. Lgs. n. 231/2001;

b) l'Organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello, delle risorse allocate presso l'analogo Organismo della Capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa;

c) i dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, nella effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'Organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

Una soluzione organizzativa di questo tipo potrebbe, invece, risultare inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il TUF già prevede l'esistenza del *preposto ai controlli interni*) o di grandi dimensioni; ciò a causa della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il Modello previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia.

L'ingente mole di controlli da svolgere continuativamente su tutta l'organizzazione e le frequenti necessità di adeguamento del Modello in occasione di ristrutturazioni interne, inducono a ritenere indispensabile l'istituzione, nelle società controllate di questo tipo, di un Organismo di vigilanza dotato di risorse adeguate, fatta sempre salva la possibilità di "commissionare" verifiche sul funzionamento del Modello a forte contenuto specialistico a figure professionali esterne, siano esse appartenenti a società di consulenza o all'omologo Organismo della Capogruppo.

Nel concreto, comunque, le soluzioni al problema del migliore assetto organizzativo delle funzioni di controllo e, quindi, dell'Organismo *ex* D. Lgs. n. 231/2001 nell'ambito dei gruppi, possono essere le più diverse e rimesse, nei limiti delle disposizioni normative esistenti, alla specificità del gruppo.

Infine, sempre in tema di gruppi di imprese, un cenno specifico meritano le problematiche relative ai gruppi di imprese in cui la capogruppo sia una società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualifichino ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del D. Lgs. n. 231/2001: negli stessi, peraltro, le affiliate possono a volte essere esse stesse capogruppo in Italia (in quanto, ad esempio per settori di *business* diversi, siano previsti gruppi societari anche a livello nazionale).

Tali gruppi di imprese multinazionali presenti ed operanti sul territorio italiano - specie se di matrice statunitense - sono già da tempo tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera. In questo caso, occorre precisare che, laddove il modello di organizzazione, gestione e controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, esso può ritenersi valido.

5. Profili penali della responsabilità dell'organismo di vigilanza

Fermo restando il generale dovere di vigilanza dell'Organismo e l'impossibilità per l'ente di beneficiare dell'esonero dalla responsabilità nel caso in cui vi sia stata omessa vigilanza, sembra opportuno effettuare alcune considerazioni relative all'eventuale insorgere di una **responsabilità penale** in capo all'Organismo in caso di commissione di illeciti da parte dell'ente a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del Modello.

La fonte di detta responsabilità potrebbe essere individuata nell'art. 40, co. 2, cod. pen. e, dunque, nel principio in base al quale *"non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*. Pertanto, l'organismo di vigilanza potrebbe risultare punibile a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente, a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza e controllo sull'attuazione di modelli organizzativi allo stesso attribuito.

Al riguardo, però, è opportuno tenere presente che l'obbligo di vigilanza non comporta di per sé l'obbligo di impedire l'azione illecita: esso, e la responsabilità penale che ne deriva ai sensi del citato art. 40, co. 2, cod. pen., sussiste solo quando il destinatario è posto nella posizione di garante del bene giuridico protetto.

Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'Organismo di vigilanza sembra evincersi che ad esso siano devoluti compiti di controllo non in ordine alla realizzazione dei reati ma al funzionamento ed all'osservanza del modello, curandone, altresì, l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento. L'attribuzione all'Organismo di compiti d'impedimento dei reati non si concilia con la sostanziale assenza di poteri impeditivi, giacché l'Organismo non può neppure modificare, di propria iniziativa i modelli esistenti, assolvendo, invece, un compito consultivo dell'organo dirigente cui compete il potere di modificare i modelli. Peraltro l'obbligo d'impedire la realizzazione di reati equivarrebbe ad attribuire compiti e doveri simili a quelli che, nel nostro ordinamento, ha la polizia giudiziaria. Va, infine, sottolineato che, neanche in capo ai pubblici ufficiali ed agli incaricati di pubblico servizio che, a differenza dell'Organismo di vigilanza, hanno il dovere di segnalare all'Autorità giudiziaria i reati di cui

siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie attività, è previsto alcun obbligo di impedire la realizzazione dei suddetti reati.

Tale situazione non muta con riferimento ai delitti colposi realizzati con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Anche in questo caso l'Organismo di vigilanza non ha obblighi di controllo dell'attività, ma doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei modelli organizzativi a prevenire i reati.

IV. Modelli organizzativi e soglie dimensionali: una chiave di lettura per le piccole imprese

1. Premessa

Come si è detto, la redazione delle Linee Guida non esaurisce l'esercizio richiesto dal D. Lgs. n. 231/2001 ai fini dell'operatività dell'esimente. Si rende infatti necessaria una ulteriore attività da parte sia delle associazioni, che direttamente delle imprese, finalizzata alla redazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo che soddisfi pienamente le esigenze della singola realtà imprenditoriale coinvolta. Si è detto infatti di come sia impossibile delineare un modello universalmente valido: settori merceologici differenti e soglie dimensionali dell'impresa sono due tra i fattori che influiscono maggiormente sulle caratteristiche che un modello dovrebbe avere per svolgere efficacemente la sua azione preventiva. L'operare in un settore merceologico in luogo di un altro può infatti aumentare la propensione alla commissione di alcune tipologie di reato (si pensi, in una prospettiva di allargamento del novero dei reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa della persona giuridica, ai reati in materia ambientale ed alle imprese operanti in settori "a rischio" da un punto di vista ambientale).

Quella della soglia dimensionale è invece una problematica di tipo orizzontale, che riguarda ogni impresa, a prescindere dal settore in cui opera, ed influisce sul livello di complessità dei modelli da adottare. È evidente che questioni concernenti l'organizzazione, le deleghe di funzioni e le procedure decisionali ed operative siano destinate ad assumere un minor rilievo in una piccola impresa, nella quale la maggior parte delle funzioni è concentrata in capo a poche persone.

È opportuno pertanto interrogarsi sul ruolo effettivo che un modello deve rivestire in relazione alle esigenze, alla struttura ed alle risorse di una piccola impresa.

Una piccola impresa – la cui definizione, in questa sede, va ricercata più che in parametri quantitativi, nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale – non difformemente dalle altre, deve necessariamente dotarsi di un modello di organizzazione, gestione e controllo. Il rischio che essa sia coinvolta in procedimenti penali per i reati richiamati dal D. Lgs. n. 231/2001 è, infatti, tutt'altro che remoto (basti pensare al fenomeno delle erogazioni pubbliche e dei finanziamenti alle piccole imprese). L'adozione del modello può minimizzare le conseguenze sanzionatorie per l'ente, a patto che le condizioni di cui all'art. 6 del decreto stesso siano rispettate.

Scopo di questo capitolo è fornire una "chiave di lettura" delle indicazioni delineate nei capitoli che precedono dedicata specificamente alle piccole imprese, che possono avere una minore familiarità con alcuni dei concetti e delle figure descritte. Allo scopo di rendere più chiara l'interpretazione delle linee guida fornite, verrà seguita la tripartizione (individuazione dei rischi e protocolli; codice etico e sistema disciplinare; organismo di vigilanza) utilizzata in precedenza ed applicabile, quale schema logico di costruzione, a prescindere dalle dimensioni e dal settore di attività dell'ente.

2. Individuazione dei rischi e protocolli

Come si è accennato, l'adozione di modelli organizzativi vale quale esimente dalla responsabilità in quanto serve ad escludere la colpevolezza (cioè l'elemento soggettivo necessario ai fini dell'esistenza del reato) dell'ente in relazione alla commissione del reato. Può infatti verificarsi che un reato commesso da un dipendente, pur avvantaggiando l'ente, non sia tuttavia espressione della volontà di quest'ultimo[38]. Grazie al modello si evita che la volontà ed il comportamento del dipendente si ripercuotano automaticamente sull'ente.

Questi casi di dissociazione tra la volontà dell'agente persona fisica e la volontà dell'ente cui questa fa capo sono frequenti negli enti complessi (normalmente quelli di maggiori dimensioni). Negli enti più piccoli il rischio che tale fenomeno si verifichi è meno frequente. In questi ultimi, infatti, la compenetrazione tra l'ente ed il soggetto persona fisica (spesso lo stesso imprenditore) è così forte, che diventa più difficile, ma tuttavia non impossibile, escludere la volontà dell'ente quando si verifichino i reati considerati.

Peraltro, è opportuno ricordare, le piccole imprese sono caratterizzate da una struttura meno articolata rispetto ad altre realtà, nonché da minori risorse da poter dedicare alla predisposizione di un modello organizzativo ed ai relativi controlli. È anche vero, tuttavia, che lo sforzo loro richiesto appare minore.

Per favorire l'utilizzo delle metodologie prospettate nel Cap. I sulla individuazione dei rischi ed elaborazione dei relativi protocolli anche da parte degli enti di più piccole dimensioni, si è pensato ad uno schema sufficientemente flessibile, per il quale l'aspetto dimensionale si limita ad influire, ai fini del processo di gestione dei rischi, su:

- la **complessità dell'analisi**, in termini di numerosità ed articolazione delle funzioni aziendali interessate e di casistiche di illecito aventi potenziale rilevanza per l'ambito di attività (a questo proposito un valido aiuto può venire dalla consultazione del *case study* allegato alle Linee Guida);

38 Si è già precisato che i reati dolosi sono espressione della volontà/intenzionalità sia della condotta che dell'evento, mentre i reati colposi sono espressione della volontà/intenzionalità della sola condotta e non anche dell'evento.

- le **modalità operative di conduzione dell'attività di gestione dei rischi**, che potrà essere svolta, dall'organo dirigente, non con il supporto di funzioni interne aziendali, bensì eventualmente con apporti professionali esterni;
- l'**articolazione dei controlli preventivi**. Riprendendo quanto già esposto al Cap. I, questi enti potranno utilizzare soltanto alcuni dei protocolli indicati ed, eventualmente, anche in forme semplificate.

È da tener presente che, sul versante della prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nelle aziende industriali fino a 200 dipendenti – ad esclusione delle attività ad alto rischio previste dall'art. 8, comma 5, del D. Lgs. n. 626/1994 (per le quali è comunque obbligatoria l'istituzione di un servizio di prevenzione e protezione interno all'azienda anche di piccole dimensioni) – l'organizzazione del SPP può essere esterna alla stessa azienda ovvero all'unità produttiva interessata.

Inoltre, sempre ad esclusione delle menzionate attività ad alto rischio, nelle aziende industriali fino a 30 dipendenti i compiti di responsabile del SPP possono essere svolti direttamente dal datore di lavoro, ai sensi dell'art. 10, D. Lgs. n. 626/1994. La definizione di datore di lavoro agli effetti degli obblighi di prevenzione e protezione è contenuta nell'art. 2 dello stesso D. Lgs. n. 626/1994.

Riguardo poi alle figure da adibire alla gestione delle emergenze e del pronto soccorso, nelle piccole imprese l'attribuzione delle relative funzioni può essere concentrata in capo ad un unico soggetto.

Quanto alla valutazione dei rischi, le imprese fino a 10 dipendenti sono esonerate dall'obbligo di redazione del relativo documento, in luogo del quale è prevista una autocertificazione da parte del datore di lavoro (art. 4, co. 11, D. Lgs. n. 626/1994).

Infine, per le PMI sono state definite procedure semplificate ("standardizzate") per gli adempimenti documentali relativi, in particolare, alla valutazione di rischi.

3. Codice etico (o di comportamento) e sistema disciplinare

La predisposizione e l'adozione di un codice contenente i princìpi etici rilevanti *ex* D. Lgs. n. 231/2001 cui l'ente dovrà uniformarsi non desta particolari preoccupazioni e difficoltà di adattamento alle imprese di piccole dimensioni.

Il Cap. II, infatti, elenca quelli che sono i contenuti minimi del codice etico, consistenti essenzialmente nel rispetto delle norme vigenti, nel monitoraggio di ogni operazione effettuata e nella espressione di una serie di princìpi cui dovrà essere improntata l'attività dell'ente

nello svolgimento dei rapporti commerciali con i soggetti rilevanti. Tali contenuti, imprescindibili per la effettività e credibilità di un codice etico, sono da considerarsi di applicazione generalizzata e vanno pertanto recepiti anche dalle piccole imprese.

La configurazione del sistema disciplinare e dei meccanismi sanzionatori non presenta profili diversi da quelli indicati al Cap. II, par. 3.

4. L'organismo di vigilanza

Rispetto alla configurazione dell'Organismo di vigilanza la realtà delle piccole imprese presenta specificità proprie che richiedono un adattamento di quanto previsto al Cap. III.

Vista la complessità e l'onerosità del modello indicato dal D. Lgs. n. 231/2001, il legislatore ha voluto tenere in debito conto le problematiche che si pongono in quella categoria di enti che, per la dimensione e la semplicità della struttura organizzativa, non dispongono di una funzione (o persona) con compiti di monitoraggio del sistema di controllo interno. Per tali enti l'onere derivante dalla istituzione di un organismo *ad hoc* potrebbe non essere economicamente sostenibile.

A questo proposito il D. Lgs. n. 231/2001 ha previsto all'art. 6, co. 4, la **facoltà dell'organo dirigente di svolgere direttamente i compiti indicati**.

Tuttavia, tenuto conto delle molteplici responsabilità ed attività su cui quotidianamente l'organo dirigente deve applicarsi, è auspicabile ritenere che, nell'assolvimento di questo ulteriore compito, esso si avvalga di professionisti esterni, ai quali affidare l'incarico di effettuare periodiche verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello. Così, come esposto in tutti i casi in cui si è prevista la possibilità per soggetti esterni all'ente di svolgere attività di supporto a quelle del soggetto cui sono deputate le funzioni di vigilanza[39], è necessario chiarire che i compiti delegabili all'esterno sono quelli relativi allo svolgimento di tutte le attività di carattere tecnico, fermo restando l'obbligo del professionista esterno di riferire all'organo dell'ente. È evidente, infatti, che l'affidamento di questo tipo di delega non fa venir meno la responsabilità dell'organo dell'ente in ordine alla funzione di vigilanza ad esso conferita dalla legge.

Qualora, poi, l'organo dirigente ritenga di non avvalersi di tale supporto esterno ed intenda svolgere personalmente l'attività di verifica, è opportuna - in via cautelativa nei confronti dell'autorità giudiziaria eventualmente chiamata ad analizzare l'efficacia del Modello e dell'azione di vigilanza - la stesura di un **verbale** delle attività di controllo svolte, controfirmato dall'ufficio o dal dipendente sottoposto alle verifiche.

---

39 V. Cap. III.3 relativamente all'utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti e Cap. III.6 sulle modalità di espletamento della funzione di controllo nei gruppi di imprese.

Per quanto in particolare concerne il versante della salute e sicurezza sul lavoro, posto che il legislatore consente, da un lato (D. Lgs. n. 231/2001), negli enti di piccole dimensioni, che l'organismo direttivo svolga attività di vigilanza e, per altro verso, nelle piccole imprese in genere, secondo quanto precisato in precedenza, che possano essere assunte dal datore di lavoro tutte le responsabilità riguardanti gli adempimenti di prevenzione e protezione, risulta evidente come nelle realtà imprenditoriali collettive di minori dimensioni possa realizzarsi in capo al datore di lavoro una complessiva confluenza di obblighi e responsabilità che lo stesso datore di lavoro dovrà gestire anche documentalmente, agli effetti del possibile beneficio dell'esimente.

In alternativa, resta tuttavia percorribile, su entrambi i versanti, la via del ricorso a soggetti esterni (quali professionisti/esperti di supporto dell'impresa, enti di certificazione, ecc.).

APPENDICE

CASE STUDY

CASE STUDY

1. **Corruzione e concussione**
2. **Truffa aggravata ai danni dello Stato**
3. **Frode informatica a danni dello Stato**
4. **Reati in tema di erogazioni pubbliche**
5. **Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico**
6. **Reati contro la personalità individuale**
7. **Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili**
8. **Reati societari**
9. **Abusi di mercato**
10. **Criminalità organizzata transnazionale**
11. **Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro**
12. **Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita**

1. CORRUZIONE E CONCUSSIONE

Art. 317 del codice penale

(Concussione)

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni.

Art. 318 del codice penale

(Corruzione per un atto d'ufficio)

Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.
Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

Art. 319 del codice penale

(Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio)

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

Art. 319-bis del codice penale

(Circostanze aggravanti)

La pena è aumentata se il fatto di cui all'art. 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata l'amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene.

Art. 319-ter del codice penale

(Corruzione in atti giudiziari)

Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni.

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da quattro a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da sei a venti anni.

Art. 320 del codice penale

(Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio)

Le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato.

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore a un terzo.

Art. 321 del codice penale

(Pene per il corruttore)

Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'articolo 319, nell' articolo 319-bis, nell' art. 319-ter e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità.

Art. 322 del codice penale

(Istigazione alla corruzione)

Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 318.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.

Art. 322-bis del codice penale

(Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri)

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

1) *ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;*
2) *ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;*
3) *alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;*
4) *ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;*
5) *a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio.*

Le disposizioni degli articoli 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:

1) *alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;*
2) *a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali.*

Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi.

Considerazioni

Si tratta di tipologie di reato che possono essere realizzate in molte aree aziendali ed a tutti i livelli organizzativi. Ovviamente sussistono alcuni ambiti (attività, funzioni, processi) ove il rischio si può presentare in misura maggiore.

È opportuno ricordare che la corruzione rileva anche nel caso sia realizzata nei confronti di soggetti stranieri i quali, secondo la legge italiana, sono pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

Ancora, merita ricordare che in taluni casi possono configurarsi sia corruzioni c.d. attive (l'amministratore o il dipendente corrompe un P.U. o un incaricato di pubblico servizio per far ottenere all'ente qualcosa); sia come corruzioni c.d. passive (l'esponente dell'ente riceve danaro per compiere un atto contrario ai doveri del proprio ufficio). Tale ultima forma d'illecito si verificherà sicuramente con minor frequenza della prima, giacché nella maggior parte dei casi si tratterà di corruzioni realizzate nell'esclusivo interesse della persona fisica senza, cioè, *interesse o vantaggio* dell'ente. Tuttavia non è possibile escludere che si verifichino corruzioni passive che generano responsabilità dell'ente e ciò, verosimilmente, si potrà verificare con riferimento a quei soggetti, di diritto privato o di diritto pubblico (i c.d. enti pubblici economici), la cui attività è, in tutto o in parte, da considerare come pubblica funzione o pubblico servizio. A tale proposito si deve ricordare che, secondo l'attuale disciplina codicistica, ciò che rileva, ai fini che qui interessano, è l'attività svolta in concreto e non la natura giuridica, pubblica o privata, del soggetto. Infatti con la riforma del 1990 è stata accolta una nozione di pubblico ufficiale e d'incaricato di pubblico servizio di tipo "oggettivo", che comporta una difficile valutazione, "caso per caso", delle singole funzioni ed attività aziendali sia per determinare la qualificazione del soggetto all'uopo assegnato(pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio o semplice privato) e sia, di conseguenza, per stabilire la natura delle azioni realizzate dal medesimo. Ne discende che possono coesistere in capo ad un medesimo soggetto qualifiche soggettive diverse, a fini penalistici. Una banca di diritto privato, ad esempio, svolge attività privatistica nell'intrattenere rapporti di conto corrente bancario con la propria clientela; svolge una pubblica funzione allorché riscuote le imposte, rilasciando documentazione certificativi dell'avvenuto versamento.

Pertanto, al fine di valutare i possibili ambiti aziendali esposti a maggior rischio è necessario premettere che:

a) la qualifica di pubblico ufficiale, va riconosciuta a tutti i soggetti, pubblici dipendenti o privati, che possono o debbono, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, formare e manifestare la volontà della pubblica amministrazione ovvero esercitare poteri autoritativi o certificativi;

b) sono incaricati di un pubblico servizio, coloro i quali, pur agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri tipici di questa, purché non svolgano semplici mansioni d'ordine, né prestino opera meramente materiale.

L'individuazione degli ambiti (attività, funzioni, processi) ove il rischio si può presentare in misura maggiore dovrà tener conto caso per caso della specifica funzione svolta, pubblica o meramente privata, dall'azienda:

- Appalti
- Gestione finanziaria

- Erogazione di servizi
- Attività funzionalmente connesse con l'esercizio della funzione pubblica o del pubblico servizio

Le ipotesi di responsabilità dell'ente per concussione sono molto più rare. Infatti, il comportamento concussivo deve essere realizzato *nell'interesse o a vantaggio* dell'ente e non, come normalmente accade, nell'esclusivo interesse del concussore.

Fattispecie di reato	Controlli preventivi
• Vendere beni, fornire servizi e realizzare opere per la Pubblica Amministrazione. • Ottenere concessioni, licenze ed autorizzazioni da parte della P.A. • Ottenere trattamenti di favore (ad esempio in sede di conciliazione amministrativa) da parte della Pubblica Amministrazione. • Ottenere trattamenti di favore da parte di Autorità di controllo e/o di vigilanza.	• Esplicita previsione tra i principi etici del divieto di pratiche corruttive. • Controllo dei flussi finanziari aziendali. • Controllo della documentazione aziendale e, in particolare, delle fatture passive (la pratica più diffusa per procurarsi la provvista per corrompere è l'utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti). • Controlli dei collaboratori esterni (ad esempio agenti) e della congruità delle provvigioni pagate rispetto a quelle praticate nell'area geografica di riferimento.

Quanto appena descritto in tema di controlli volti a prevenire i reati di concussione e corruzione vale anche in merito ai reati di concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri previsti dall'art. 322-bis cod. pen. Il Modello organizzativo di una società o ente trova, infatti, eguale applicazione sia nel caso di operazioni nazionali che internazionali.

Tuttavia, al fine di individuare dettagliatamente le misure atte a prevenire la corruzione nelle operazioni economiche internazionali la società o l'ente potrebbe suggerire alle proprie consociate operanti all'estero di individuare, come autonome aree a rischio, i settori aziendali che gestiscono:

- la partecipazione a procedure di gara o di negoziazione diretta, indette da organismi pubblici comunitari e/o stranieri o a similari procedure svolte in contesto competitivo a carattere internazionale;
- la partecipazione a procedure per l'ottenimento di finanziamenti pubblici da parte di organismi comunitari o di Stati esteri.

Con riferimento alle operazioni da svolgersi nelle suddette aree le consociate potrebbero proceduralizzare autonomamente, ad esempio, i rapporti e le operazioni che si svolgano nelle

aree geografiche a maggiore "rischio reato", eventualmente adottando particolari cautele già nella fase precontrattuale e di negoziazione, nella individuazione dei soggetti incaricati delle relative operazioni e nello scambio di comunicazioni formali che attestino la trasparenza e correttezza delle stesse.

A questo proposito, possono essere consultati gli studi ed i rilievi analitici, ormai consolidati e di particolare attendibilità, che periodicamente enti specializzati svolgono per valutare il livello di corruzione nelle pubbliche amministrazioni in tutti i paesi del mondo. Uno strumento utile per determinare il "rischio paese" è, ad esempio, il CPI (Corruption Perception Index) che, sulla base del livello di percezione della corruzione di coloro che occupano cariche pubbliche e politiche e al BPI (Bribe Payers Index), evidenzia la graduatoria dei paesi corruttori tra le principali nazioni industrializzate[40].

40 Entrambi gli indici sono stati elaborati da Transparency International Italia (TI-it).

2. TRUFFA AGGRAVATA AI DANNI DELLO STATO

Art. 640 del codice penale

(Truffa)

Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni:

1. se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

2. se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'autorità.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante.

Considerazioni

Si tratta di tipologie di reato realizzabili in tutti gli ambiti aziendali. È opportuno ricordare che la truffa si caratterizza per l'immutazione del vero in ordine a situazioni la cui esistenza, nei termini falsamente rappresentati, è essenziale per l'atto di disposizione patrimoniale da parte della P.A.

Fattispecie di reato	Controlli preventivi
• Produzione alla P.A. di documenti falsi attestanti l'esistenza di condizioni essenziali per partecipare ad una gara, per ottenere licenze, autorizzazioni, ecc.	• Specifiche previsioni nel sistema aziendale di programmazione e di controllo. • Puntuali attività di controllo gerarchico (incluso sistema di deleghe).

3. FRODE INFORMATICA

Art. 640-ter del codice penale

Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo comma o un'altra circostanza aggravante.

Considerazioni

È opportuno ricordare che tale fattispecie di reato assume rilievo solo se realizzata in danno della P.A. Si tratta di una tipologia di illecito oggi poco frequente ma che, è prevedibile, avrà nel futuro più ampia realizzazione.

FATTISPECIE DI REATO	CONTROLLI PREVENTIVI
Alterazione di registri informatici della PA per far risultare esistenti condizioni essenziali per la partecipazione a gare (iscrizione in albi, ecc.) ovvero per la successiva produzione di documenti attestanti fatti e circostanze inesistenti o, ancora, per modificare dati fiscali / previdenziali di interesse dell'azienda (es. mod. 770), già trasmessi all'Amministrazione.	Sistema di controlli interno all'azienda che preveda ai fini del corretto e legittimo accesso ai Sistemi informativi della Pubblica Amministrazione: • un adeguato riscontro delle *password* di abilitazione per l'accesso ai Sistemi Informativi della PA possedute, per ragioni di servizio, da determinati dipendenti appartenenti a specifiche Funzioni/Strutture aziendali; • la puntuale verifica dell'osservanza, da parte dei dipendenti medesimi, di ulteriori misure di sicurezza adottate dalla società; • il rispetto della normativa sulla *privacy* a tutela del dipendente. Questi meccanismi assumono maggiore pregnanza per quelle società o enti che, sulla base di un rapporto di appalto/concessione con un'Amministrazione pubblica o in qualità di Società miste partecipate da un'Amministrazione/Ente locale e da un privato imprenditore, si assumono l'incarico di realizzare, sviluppare e gestire un Sistema Informativo pubblico o un Sistema Informativo di interesse pubblico.

4. REATI IN TEMA DI EROGAZIONI PUBBLICHE

Art. 316-bis del codice penale

(Malversazione a danno dello Stato)

Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Art. 316-ter del codice penale

(Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato)

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a lire sette milioni settecentoquarantacinquemila si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da dieci a cinquanta milioni di lire. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.

Art. 640-bis del codice penale

(Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche)

La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

Considerazioni

Si tratta di tipologie di reato piuttosto ricorrenti, soprattutto in certe aree geografiche. Le fattispecie richiamate mirano a tutelare l'erogazione di finanziamenti pubblici, comunque denominate, sotto due diversi profili temporali: nel momento di erogazione e nel successivo momento dell'utilizzazione dei finanziamenti. Le condotte punite, con riferimento al primo dei due momenti, sono modellate sullo schema della truffa in cui assume rilevanza determinante l'immutazione del vero in ordine ad aspetti essenziali ai fini dell'erogazione. Nella malversa-

zione, invece, assume rilievo la mancata destinazione del finanziamento ricevuto per le finalità di interesse pubblico che ne abbiano giustificato l'erogazione.

Aree aziendali a rischio	Controlli preventivi
• Settore finanziario • Investimenti ambientali • Investimenti produzione • Ricerca ed innovazione tecnologica	• Specifica previsione del codice etico. • Diffusione del Codice Etico verso tutti i dipendenti. • Programma di informazione/formazione periodica del dipendente.Responsabilizzazione esplicita, riportata in ordine di servizio della Funzione competente e nel contesto delle relative procedure aziendali, delle funzioni competenti alla predisposizione dei progetti e delle relative istanze. • Separazione funzionale fra chi gestisce le attività realizzative e chi presenta la documentazione di avanzamento. • Specifiche attività di controllo gerarchico su documentazione da presentare (relativamente sia alla documentazione di progetto che alla documentazione attestante i requisiti tecnici, economici e professionali dell'azienda che presenta il progetto). • Coerenza delle procure verso l'esterno con il sistema delle deleghe. • Esclusione esplicita, nel sistema delle procure, della "richiesta di denaro o altra utilità a terzi". • Meccanismi di pubblicità verso gli interlocutori esterni delle procure. Puntuali attività di controllo gerarchico, previste altresì in sede di Ordine di servizio delle Funzioni competenti che partecipano al processo di acquisizione di beni e servizi per la Società.

5. REATI CON FINALITÀ DI TERRORISMO O DI EVERSIONE DELL'ORDINE DEMOCRATICO

L'art. 3 della legge n. 7/2003 di ratifica della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999 introduce l'art. 25-quater al decreto 231. Tale norma stabilisce, in tema di Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico:

In relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a dieci anni, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote;

b) se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni o con l'ergastolo, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 si applicano altresí in relazione alla commissione di delitti, diversi da quelli indicati nel comma 1, che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999.

Considerazioni

L'art. 25-quater non elenca specificamente i reati per i quali è prevista la responsabilità dell'ente, limitandosi a richiamare, al primo comma, i delitti previsti dal codice penale e dalle leggi speciali ed, al terzo comma, i delitti diversi da quelli disciplinati al comma 1 ma posti in essere in violazione di quanto stabilito dall'art. 2 della Convenzione di New York.

Quanto ai reati richiamati dal primo comma dell'art. 25-quater, riportiamo, tra gli altri, l'art. 270-bis del codice penale:

Art. 270-bis del codice penale

(Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico)

Chiunque promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni che si propongono il compito di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da quattro a otto anni.

I reati rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione di New York sono invece quelli diretti a fornire, direttamente o indirettamente, ma comunque volontariamente, fondi a favore di soggetti che intendano porre in essere reati di terrorismo. In particolare, la Convenzione rinvia ai reati previsti da altre convenzioni internazionali, tra i quali: il dirottamento di aeromobili, gli attentati contro personale diplomatico, il sequestro di ostaggi, l'illecita realizzazione di ordigni nucleari, i dirottamenti di navi, l'esplosione di ordigni, ecc.

In questi casi chi (persona fisica o ente fornito o meno di personalità giuridica) fornisce i fondi o comunque collabora nel loro reperimento deve essere a conoscenza dell'utilizzo che di essi verrà successivamente fatto.

AREE AZIENDALI A RISCHIO	CONTROLLI PREVENTIVI
Il rischio di commissione di reati funzionali al finanziamento del terrorismo può concretizzarsi in misura maggiore in alcuni ambiti (attività, funzioni, processi), fra i quali sicuramente assumono una rilevanza centrale i settori finanziario ed amministrativo.	• Specifica previsione del codice etico. • Diffusione del codice etico verso tutti i dipendenti. • Programma di informazione/formazione periodica dei dipendenti delle aree a rischio. • Controllo dei flussi finanziari aziendali. • Controllo della documentazione aziendale. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale.

6. REATI CONTRO LA PERSONALITÀ INDIVIDUALE

L'art. 5 della legge n. 228/2003, in tema di misure contro la tratta delle persone, aggiunge al decreto 231 un articolo 25-quinquies che prevede l'applicazione di sanzioni amministrative alle persone giuridiche, società e associazioni per la commissione di delitti contro la personalità individuale.

L'art. 25-quinquies è stato successivamente integrato ad opera dell'art. 10, legge n. 38 del 6 febbraio 2006, contenente *"Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet"*, che modifica l'ambito di applicazione dei delitti di pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico (artt. 600-ter e 600-quater c.p.), includendo anche le ipotesi in cui tali illeciti siano commessi mediante l'utilizzo di materiale pornografico raffigurante immagini virtuali di minori degli anni diciotto o parti di esse (c.d. "pedopornografia virtuale", ai sensi del rinvio al nuovo art. 600-quater.1, c.p.).

La citata legge n. 38/2006 è intervenuta anche a modificare le disposizioni di cui agli articoli 600-bis, 600-ter e 600-quater, relativi ai delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico, per i quali era già prevista la responsabilità amministrativa degli enti.

L'**art. 25-quinquies** *(Delitti contro la personalità individuale)* stabilisce:

In relazione alla commissione dei delitti previsti dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote;

b) per i delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, e 600-quinquies, la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;

c) per i delitti di cui agli articoli 600-bis, secondo comma, 600-ter, terzo e quarto comma, e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.l, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote.

Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, lettere a) e b), si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3"

I delitti sanzionati sono:

Art. 600 del codice penale

(Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù)

Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

Art. 600-bis del codice penale

(Prostituzione minorile)

Chiunque induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisce o sfrutta la prostituzione è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da lire trenta milioni a lire trecento milioni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di denaro o di altra utilità economica, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 5.164.

Nel caso in cui il fatto di cui al secondo comma sia commesso nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni sedici, si applica la pena della reclusione da due a cinque anni.

Se l'autore del fatto di cui al secondo comma è persona minore di anni diciotto si applica la pena della reclusione o della multa, ridotta da un terzo a due terzi.

Art. 600-ter del codice penale

(Pornografia minorile)

Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni por-

nografiche è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 25.822 a euro 258.228 (1).

Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cento milioni.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164.

Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità.

Art. 600-quater del codice penale

(Detenzione di materiale pornografico)

Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-ter, *consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a euro 1.549.*

La pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità (1).

Art. 600-quater.1 del codice penale

(Pornografia virtuale)

Le disposizioni di cui agli articoli 600-ter e 600-quater *si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo.*

Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali.

Art. 600-quinquies del codice penale

(Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile)

Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività è' punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da lire trenta milioni a lire trecento milioni.

Art. 601 del codice penale

(Tratta di persone)

Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i delitti di cui al presente articolo sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

Art. 602 del codice penale

(Acquisto e alienazione di schiavi)

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se la persona offesa è minore degli anni diciotto ovvero se i fatti di cui al primo comma sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

Considerazioni

Così come per le altre fattispecie di reato con riguardo alle quali sorge la responsabilità dell'ente, anche i delitti sopra richiamati devono essere commessi nell'interesse o a vantaggio dell'impresa.

Per alcuni dei reati sopra richiamati è difficile individuare la sussistenza di un interesse o vantaggio per l'ente (es. prostituzione minorile).

Vi sono tuttavia ipotesi in cui l'ente può trarre beneficio dall'illecito. È il caso, ad esempio, della pornografia minorile o delle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile.

Il primo reato potrebbe essere posto in essere, ad esempio, da un'impresa che, operando nel settore editoriale o dell'audiovisivo, pubblichi materiale pornografico attinente a minori, o, ancora, da imprese che gestiscono siti Internet su cui siano presenti tali materiali o che pubblichino annunci pubblicitari riguardanti i materiali descritti.

Al riguardo, è importante considerare che l'introduzione della nuova fattispecie di "pedopornografia virtuale" prevista dall'art. 600-quater, co. 1, c.p., estendendo l'ambito di applicazione dei delitti di pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico alle ipotesi in cui tali illeciti siano commessi mediante l'utilizzo di materiale pornografico raffigurante immagini virtuali di minori degli anni diciotto o parti di esse, amplia anche l'ambito delle aree aziendali di attività a rischio di commissione di reati di questo tipo.

Le società che svolgono attività per via telematica (ad es., nei settori dell'editoria, della pubblicità, del commercio elettronico, ecc.) sono quindi particolarmente esposte a fattispecie criminose di questo specie, per cui sono tenute ad analizzare con maggiore attenzione il contesto aziendale interno al fine di individuare le aree, i processi ed i soggetti a rischio e predisporre un sistema di controlli idoneo a contrastare efficacemente, cioè ridurre ad un livello accettabile, i rischi così identificati.

Nella pratica, il nuovo reato di "pedopornografia virtuale" si verifica quando il materiale pornografico utilizzato nella commissione di uno degli illeciti di pornografia minorile o di detenzione di materiale pornografico rappresenta immagini relative a minori, realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali (c.d. immagini virtuali).

Pertanto, a seguito della modifica introdotta dalla Legge n. 38/2006, l'ente può rispondere per i delitti di pornografia minorile e di detenzione di materiale pornografico commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da persone in posizione apicale o subordinata, anche se relativi al materiale pornografico virtuale che ha ad oggetto minori.

Le pene - di natura esclusivamente pecuniaria - applicabili all'ente per le ipotesi delittuose in esame variano in considerazione delle concrete modalità di realizzazione degli illeciti, per cui si avrà una sanzione pecuniaria:

- da trecento a ottocento quote nei casi previsti dall'art. 600-*ter,* co. 1 e 2, c.p. (esibizioni pornografiche o materiale pornografico realizzati utilizzando minori; commercio di materiali

di pornografia minorile), anche se relativi al materiale di "pornografia virtuale" di cui all'art. 600-*quater*, co. 1, c.p.;

- da duecento a settecento quote nelle ipotesi previste dall'art. 600-*ter*, co. 3 e 4, c.p. (distribuzione, diffusione o pubblicizzazione del materiale pornografico relativo a minori; divulgazione di notizie finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori; offerta o cessione, anche a titolo gratuito, di materiale di pornografia minorile) e dall'art. 600-*quater* c.p. (detenzione di materiale pornografico), anche se relativi al materiale di "pornografia virtuale" di cui all'art. 600-*quater*, co. 1, c.p.

Quanto all'altra fattispecie di reato, quello delle iniziative turistiche per lo sfruttamento della prostituzione minorile, si tratta di un'ipotesi che potrebbe riguardare imprese operanti nel settore dell'organizzazione di viaggi.

Anche in questi casi le imprese devono attuare tutte le cautele necessarie per evitare che siano poste in essere le condotte concretanti le ipotesi di reato richiamate. A questo proposito sarà opportuno svolgere controlli sulle aree aziendali a rischio (ad esempio, produzione e distribuzione o gestione dei siti Internet, per richiamarne alcune) e predisporre misure sanzionatorie nei confronti dei soggetti coinvolti negli illeciti descritti.

A titolo puramente esemplificativo è opportuno richiamare alcuni strumenti di prevenzione che la società o ente potrà predisporre per prevenire la commissione delle condotte rilevanti. In particolare, la società o l'ente potrà:

- introdurre uno specifico divieto nel codice etico in tema di pornografia minorile e diffondere il codice etico verso tutti i dipendenti;
- dotarsi di strumenti informatici che impediscano accesso e/o ricezione di materiale relativo alla pornografia minorile;
- fissare richiami netti ed inequivocabili ad un corretto utilizzo degli strumenti informatici in possesso dei propri dipendenti;
- valutare e disciplinare con particolare attenzione e sensibilità l'organizzazione diretta e/o indiretta di viaggi o di periodi di permanenza in località estere con specifico riguardo a località note per il fenomeno del c.d. "turismo sessuale";
- dedicare particolare attenzione nella valutazioni di possibili *partnership* commerciali con società operanti in settori quali ad esempio la comunicazione telematica di materiale relativo alla pornografia minorile ed il turismo nelle aree geografiche richiamate al punto precedente;
- approntare un adeguato sistema di sanzioni disciplinari che tenga conto della peculiare gravità delle violazioni di cui ai punti precedenti.

Quanto invece ai reati connessi alla schiavitù, oltre a ricordare che tali ipotesi di reato si estendono non solo al soggetto che direttamente realizza la fattispecie illecita, ma anche a chi consapevolmente agevola anche solo finanziariamente la medesima condotta, è anche qui opportuno prevedere specifiche misure di prevenzione.

La condotta rilevante in questi casi è costituita dal procacciamento illegale della forza lavoro attraverso il traffico di migranti e la tratta degli schiavi. Allo scopo di prevenire la commissione di tali reati la società o l'ente potrà:

- prevedere, nel codice etico, uno specifico impegno a rispettare ed a far rispettare ai propri fornitori la normativa vigente in materia di lavoro, con particolare attenzione al lavoro minorile ed a quanto disposto dalla legge in tema di salute e sicurezza;
- diversificare i punti di controllo all'interno della struttura aziendale preposta all'assunzione e gestione del personale, nei casi in cui le singole società o enti individuino aree a più alto rischio reato (in questi casi indicatori di rischio potrebbero essere l'età, la nazionalità, il costo della manodopera, ecc.);
- richiedere e verificare che i propri partner rispettino gli obblighi di legge in tema di:
  - tutela del lavoro minorile e delle donne;
  - condizioni igienico-sanitarie e di sicurezza;
  - diritti sindacali o comunque di associazione e rappresentanza.

In quest'ottica le società o gli enti, al fine di prevenire i rischi legati a tale tipologia di reati, potranno intraprendere anche visite ispettive presso i propri fornitori ovvero richiedere ai fornitori medesimi ogni documentazione utile.

7. PRATICHE DI MUTILAZIONE DEGLI ORGANI GENITALI FEMMINILI

Art. 583-bis del codice penale

(Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili)

Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.

Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità.

La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia.

Considerazioni

La Legge n. 7 del 9 gennaio 2006, contenente disposizioni in materia di prevenzione e divieto delle pratiche di infibulazione, ha esteso l'ambito di applicazione del D. Lgs. n. 231/2001 al nuovo reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.)

La *ratio* della norma è di sanzionare quegli enti e strutture (in particolare, strutture sanitarie, organizzazioni di volontariato, ecc.) che si rendano responsabili dell'effettuazione, al loro interno, di pratiche mutilative vietate.

In particolare, all'ente nella cui struttura viene commesso il delitto descritto all'art. 583-*bis* c.p. saranno applicabili la sanzione pecuniaria da 300 a 700 quote e le sanzioni interdittive (interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca di autorizzazioni, esclusione da finanziamenti e sussidi, divieto di contrattare con la P.A. e di pubblicizzare beni o servizi), previste dall'art. 9, co. 2, D. Lgs. n. 231/2001, per una durata minima di un anno. Nel caso in cui si tratti di un ente privato accreditato, è inoltre disposta la revoca dell'accreditamento.

Infine, all'illecito in esame viene estesa l'applicabilità dell'art. 16, co. 3, del D. Lgs. n. 231/2001, per cui se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo - unico o prevalente - di consentire o agevolare la commissione del reato, è disposta la sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività.

8. REATI SOCIETARI

Il D. Lgs. n. 61/2002 ha introdotto la previsione di sanzioni pecuniarie a carico dell'ente in caso di commissione di reati societari.

Il decreto in oggetto ha previsto, infatti, l'inserimento nel D. Lgs. n. 231/2001 dell'art. 25-*ter* (Reati societari), che introduce specifiche sanzioni a carico dell'ente *"in relazione a reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società da amministratori, direttori generali, liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si sarebbe realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica"*.

Ancorché il testo di tale articolo non menzioni esplicitamente i due elementi che caratterizzano il D. Lgs. n. 231/2001 - il "Modello di organizzazione, gestione e controllo" e l'"Organismo di vigilanza" - il riferimento ad essi può ritenersi implicito per effetto dell'inquadramento della norma nella disciplina citata. Inoltre, anche a prescindere da un'espressa previsione normativa, la loro predisposizione, oltre ad assumere in sede processuale un'importante valenza probatoria della volontà dell'ente di eliminare i difetti di organizzazione che possano facilitare la commissione di determinati illeciti, può effettivamente assicurare un'accresciuta trasparenza delle procedure e dei processi interni all'impresa e, quindi, maggiori possibilità di controllo dell'operato dei *manager*.

Per meglio chiarire lo spirito sotteso alla norma ed in favore dell'interpretazione sopra sostenuta può essere utile riportare la seguente precisazione contenuta negli atti parlamentari relativi al decreto n. 61: *"Appare positivo, ai fini preventivi, che i soci sappiano che almeno parte del loro investimento può essere eroso dalla condotta illecita dei manager, stimolando così l'attività di controllo; ma lo stesso circolo virtuoso, può riferirsi anche alla struttura cui è affidata la gestione, che dovrebbe essere sollecitata ad intraprendere le azioni necessarie per evitare che si creino condizioni favorevoli alla commissione di reati"*. Viene ancora evidenziato che *"questa pressione sui vertici della società giustifica anche la previsione di una responsabilità in capo alla società nei casi in cui il reato sia stato commesso da soggetti non apicali, ma avrebbe potuto essere impedito da un'adeguata e doverosa vigilanza dei soggetti sovraordinati"*. I lavori parlamentari sottolineano infine il principio secondo il quale è comunque il giudice del fatto di reato che *"conoscendo l'intera vicenda, può meglio di altri apprezzare l'efficacia preventiva di quanto la società si propone di attuare, allo scopo di evitare gli illeciti societari da tale normativa"*.

Tutto ciò farà sì che, quando sarà commesso uno dei reati considerati, nell'interesse dell'impresa, se non sarà stato preventivamente posto in essere un "modello" adeguato a pre-

venirli con ragionevole certezza e non sarà stato istituito e reso operativo l'organismo di vigilanza, sulla società si abbatteranno le sanzioni pecuniarie specificamente previste dal citato art. 25-*ter*, sanzioni che possono arrivare sino ad un importo massimo, nel caso in cui si sia conseguito un profitto di rilevante entità, di oltre 1 milione di Euro.

Per quanto riguarda il profilo strettamente sanzionatorio, inoltre, è importante sottolineare che la legge di riforma del risparmio (Legge n. 262/2005) ha realizzato un inasprimento generalizzato delle pene pecuniarie applicabili agli enti per la commissione di reati societari, raddoppiandone i relativi importi. L'art. 39, co. 5, della legge 262/2005 dispone, infatti, che *"Le sanzioni pecuniarie previste dall'articolo 25-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sono raddoppiate".*

Da ciò nasce dunque la duplice esigenza di: *a)* approntare specifiche misure organizzative e procedurali - nell'ambito del modello già delineato nelle Linee Guida per i reati contro la PA - atte a fornire ragionevole garanzia di prevenzione di questa tipologia di reati; *b)* precisare i compiti principali dell'Organismo di vigilanza per assicurare l'effettivo, efficace, efficiente e continuo funzionamento del modello stesso.

Analogamente a quanto già previsto nelle Linee Guida, sono state compilate alcune schede relative alle specifiche fattispecie di reato disciplinate dal citato articolo 25-*ter*, o a gruppi di reati tra loro assimilabili, aventi carattere esclusivamente esemplificativo; nelle schede sono indicati sia i principali controlli preventivi la cui attuazione è raccomandata, sia alcuni tra i primari compiti dell'organismo di vigilanza preposto alla verifica dell'effettività del Modello citato.

Prima di approfondire questo secondo aspetto è opportuno precisare che:

- una maggiore attenzione è stata dedicata ai primi due reati disciplinati dall'art. 25-*ter* (art. 2621 - *False comunicazioni sociali* e art. 2622 - *False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci e dei creditori*) poiché si riferiscono, fra l'altro, al bilancio annuale ed a quelli infraannuali che rappresentano indubbiamente i documenti più complessi, che più facilmente si prestano a "manipolazioni";
- si ritengono valide, anche con riferimento a questa estensione della responsabilità "amministrativa" *ex* D. Lgs. n. 231/2001 ai reati societari, tutte le considerazioni (ed i dubbi interpretativi ed applicativi) espresse nella Premessa alle Linee Guida, alla quale pertanto si rinvia.

Specificità proprie dei reati societari

L'analizzata riforma dei reati societari e, soprattutto, la previsione di sanzioni a carico delle imprese, ripropone in modo evidente le questioni relative all'autonomia, alla collocazione nel-

l'organizzazione aziendale, ai poteri ed alla comunicazione da e verso l'organismo di vigilanza già affrontate nelle Linee Guida. Tali questioni diventano ancora più delicate con riferimento ai reati in esame, configurabili quali reati "propri"[41]. Questa circostanza rende infatti problematica la mera previsione che la comunicazione delle predette anomalie sia rivolta proprio agli "unici" soggetti (apicali) che potrebbero commettere i reati che si tenta di evitare con la medesima comunicazione.

Le linee direttrici della legge delega sulla riforma del diritto societario (l. n. 366/2001), che propongono in tema di organizzazione interna delle società per azioni alcune impostazioni tipiche di ordinamenti stranieri, contengono importanti spunti di riferimento utili per risolvere le predette questioni, almeno riguardo alle società per azioni o, comunque, a struttura organizzativa complessa.

In particolare, è opportuno richiamare due dei tre modelli previsti all'art. 4, co. 8., lett. *d)*, della legge delega n. 366/2001:

- il modello tedesco, che prevede la presenza di un Consiglio di Gestione, con compiti amministrativi, ed un Consiglio di Sorveglianza, quest'ultimo eletto dall'assemblea e sovraordinato al Consiglio di Gestione, di cui nomina i componenti e sorveglia l'attività;
- il modello anglosassone, che si basa su un Consiglio di Amministrazione al cui interno è costituito un Comitato di Controllo, formato in prevalenza da soggetti non coinvolti nella gestione dell'azienda.

Questi modelli, più di quello attualmente previsto dal codice civile (CdA/Collegio Sindacale), potrebbero garantire:

- autonomia ed indipendenza, per la posizione istituzionale dell'organo di vigilanza, nonché per le sue modalità elettive;
- prontezza ed efficacia negli adempimenti comunicativi sia verticali sia orizzontali. È evidente come, proprio la descritta collocazione dell'organo di vigilanza, garantisca all'organismo di vigilanza, non solo la possibilità di utilizzare i tradizionali percorsi di comunicazione disciplinati dal codice civile, ma anche di poter acquisire direttamente informazioni dal basso verso l'alto attraverso eventuali diramazioni dello stesso organismo all'interno dell'organizzazione aziendale;
- potere disciplinare: elemento che si rappresenta come naturalmente e spontaneamente collegato ai primi due.

41 L'art. 25-ter fa infatti espresso riferimento a "amministratori, direttori generali, liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza".

Per quanto riguarda le società a responsabilità limitata, in assenza di specifiche indicazioni, non resta che muoversi analogamente e coerentemente a quanto sopra descritto prospettando, nell'ambito dell'autonomia statuaria, la costituzione di un organo ancora una volta distinto da quello di gestione, con carattere di autonomia e potere d'intervento sanzionatorio/disciplinare.

8.1. FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI – FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI IN DANNO DELLA SOCIETÀ, DEI SOCI O DEI CREDITORI – FALSO IN PROSPETTO

Art. 2621 del codice civile

Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino a due anni.

La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.

Nei casi previsti dai commi terzo e quarto, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

Art. 2622 del codice civile

Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sè o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato, a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è procedibile d'ufficio.

La pena è da due a sei anni se, nelle ipotesi di cui al terzo comma, il fatto cagiona un grave nocumento ai risparmiatori.

Il nocumento si considera grave quando abbia riguardato un numero di risparmiatori superiore allo 0,1 per mille della popolazione risultante dall'ultimo censimento ISTAT ovvero se sia consistito nella distruzione o riduzione del valore di titoli di entità complessiva superiore allo 0,1 per mille del prodotto interno lordo.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.

Nei casi previsti dai commi settimo e ottavo, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle per-

sone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

Art. 173-bis TUF

Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti per la sollecitazione all'investimento o l'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo a indurre in errore i suddetti destinatari, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Considerazioni

La legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante *"Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"* ha apportato numerose modifiche alla disciplina dei reati di false comunicazioni sociali e di falso in prospetto.

Quanto alla disciplina delle false comunicazioni sociali, le novità introdotte con la legge 262/2005 e successive modificazioni possono essere così sintetizzate.

Con riguardo alla fattispecie di reato contravvenzionale, disciplinata dall'art. 2621, è stata aumentata fino a due anni la sanzione dell'arresto (la sanzione precedentemente prevista era l'arresto fino ad un anno e sei mesi).

Sempre in relazione all'art. 2621, sono state introdotte sanzioni amministrative pecuniarie a carico delle persone fisiche autrici del reato, nonché sanzioni interdittive. In particolare, l'ultimo comma della norma prevede l'applicazione della sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa. La norma non chiarisce tuttavia il valore delle quote.

Per quel che attiene invece all'art. 2622, l'aumento della sanzione riguarda soltanto le società con titoli quotati (società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58), per le quali la reclusione va da uno a quattro anni. Per tali società, inoltre, viene abbandonato il principio della procedibilità su querela di parte, prevedendo invece la procedibilità di ufficio.

Sempre con riguardo alle società con titoli quotati, viene introdotta una circostanza aggravante, il terzo comma prevede infatti, che la pena è da due a sei anni se, nelle ipotesi di cui al quarto comma, il fatto cagiona un grave nocumento ai risparmiatori. Il nocumento si considera grave quando abbia riguardato un numero di risparmiatori superiore allo 0,1 per mille della popolazione risultante dall'ultimo censimento ISTAT ovvero se sia consistito nella distruzione o riduzione del valore di titoli di entità complessiva superiore allo 0,1 per mille del prodotto interno lordo.

Infine, anche con riferimento alla fattispecie di reato di cui al 2622, sono state introdotte sanzioni amministrative pecuniarie, nonché sanzioni interdittive. In particolare, l'ultimo comma stabilisce che, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

Tra le novità introdotte dalla legge 262 va richiamata in questa sede anche l'estensione della responsabilità per i reati di false comunicazioni sociali al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili. Questa figura è stata disciplinata dall'art. 154-*bis* TUF, che prevede un obbligo, per le società con titoli quotati nei mercati regolamentati, di designare un dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili. A tale soggetto sono attribuite responsabilità sia civili, che penali. Con particolare riguardo a queste ultime, i nuovi artt. 2621 e 2622 cod. civ. includono, infatti, tra i soggetti che possono commettere le due fattispecie di reato considerate anche i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili. Per una più approfondita disamina dei profili societari e penali della disciplina del dirigente preposto, nonché per indicazioni riguardo ai principi di riferimento per la predisposizione delle procedure, la valutazione della loro adeguatezza ed effettiva applicazione, si rinvia alle *"Linee Guida per lo svolgimento delle attività del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari ai sensi dell'art. 154-bis TUF"* approvate da Confindustria il 13 dicembre 2007.

La legge sul risparmio ha, infine, apportato una ulteriore modifica al regime della responsabilità degli enti. È stato infatti abrogato l'art. 2623 cod. civ. che disciplinava il reato di falso in prospetto, per il quale l'art. 25-*ter* del decreto 231 prevedeva la responsabilità dell'ente. Tale reato è stato invece disciplinato nel TUF (art. 173-*bis*), ragione per cui la sua applicazione è limitata agli emittenti quotati. Nonostante tale modifica, il richiamo all'art. 2623 contenuto nell'art. 25-*ter* del decreto 231 non è stato sostituito con il richiamo all'art. 173-*bis* TUF, ciò che dovrebbe comportare l'inapplicabilità del decreto 231 al reato di falso in prospetto.

Come noto, il bilancio e la nota integrativa che lo correda sono documenti che solo in apparenza scaturiscono automaticamente dalla contabilità generale. In realtà molteplici sono le voci che necessitano di stime, le quali comportano, inevitabilmente, margini di soggettività non eliminabili anche con l'utilizzo di tecniche specialistiche.

Altra tesi da "sfatare" è quella che individua nella funzione amministrativa l'unico protagonista dell'elaborazione del bilancio.

Infatti, è vero che questa funzione è la detentrice dei saldi contabili di fine anno, ma tali saldi costituiscono soltanto il punto di partenza del processo - nel quale intervengono *manager* e funzionari di altre funzioni - che si conclude con l'inserimento in bilancio del valore definitivo di numerose "poste" (crediti; rimanenze; partecipazioni; fondi rischi ed oneri; ecc.). È altrettanto vero che questa funzione è la detentrice delle norme tecniche in materia di formazione e valutazioni di bilancio (i c.d. principi contabili); ma la loro conoscenza non impedisce una errata indicazione di importi nel bilancio o una errata esposizione di fatti nella nota integrativa, se le informazioni sottostanti che debbono pervenire dalle altre funzioni aziendali sono errate, per colpa o dolo.

Un'ulteriore riflessione va fatta con riguardo al **livello** al quale possono commettersi i reati in esame.

È evidente che questi reati saranno commessi il più delle volte da chi formalmente è responsabile di questi documenti e cioè il Consiglio di Amministrazione nella sua collegialità che, ai sensi dell'art. 2423 cod. civ., redige il bilancio, la nota integrativa e la relazione sulla gestione. Al riguardo va però tenuto presente che, spesso, il Consiglio non ha né il tempo né gli strumenti per approfondire nei minimi dettagli la correttezza del gran numero di valori e note esplicative che il bilancio contiene e si affida all'operato di quello (o quelli), tra i suoi componenti, con deleghe operative. Inoltre, va sottolineato che è possibile che tali reati siano posti in essere dai livelli sottostanti, segnatamente dai responsabili delle varie funzioni aziendali. Ancora, è altresì possibile che reati di questo genere siano commessi da "sottoposti" dei responsabili di funzione, dotati di un certo potere discrezionale ancorché circoscritto. In tali casi il reato potrà dirsi consumato solo se la falsità sia consapevolmente condivisa dai soggetti "qualificati" (amministratori, ecc.) che nel recepire il dato falso lo fanno proprio inserendolo nella comunicazione sociale. Se non vi è tale partecipazione cosciente e volontaria da parte dei soggetti "qualificati" non solo tali soggetti non potranno essere ritenuti responsabili, ma, altresì, il reato non sarà configurabile. Infatti trattandosi di reati "propri" è indispensabile quantomeno la partecipazione di un soggetto provvisto della qualifica soggettiva voluta dalla legge. Peraltro l'esperienza insegna che le falsità commesse dai "subalterni" vengono realizzate nell'interesse esclusivo degli stessi (per esempio per coprire un ammanco di cassa) e ben difficilmente nell'interesse dell'ente. Ciò esclude, come è noto, ogni responsabilità ai sensi della legge di cui ci occupiamo. Nel caso, invece più frequente, di falsità realizzata dal subordinato su indicazione, ad esempio, dell'amministratore (si pensi al caso di valutazioni mendaci di crediti o partecipazioni, realizzate nell'interesse della società) la responsabilità dell'ente non potrà escludersi.

Ciò non di meno un modello di organizzazione, gestione e controllo avente l'obiettivo di impedire - con ragionevole certezza - la commissione di questa tipologia di reati, deve prendere in considerazione tutte le ipotesi appena descritte circa i possibili esecutori materiali del reato, nonché l'intero processo che porta alla formazione dei documenti qui considerati, sino alla loro sottoposizione all'Assemblea dei soci e/o al pubblico e prevedere specifici meccanismi, procedure e protocolli di prevenzione e controllo.

Naturalmente il modello sarà più o meno rigoroso e pervasivo a seconda che la società sottoponga o meno - per disposizione di legge o volontariamente - il bilancio a certificazione da parte di una società di revisione. Questa discriminante individua, pertanto, due diverse categorie di enti, e quindi "modelli" ed attività dell'OdV, più o meno strutturati.

Tuttavia sarebbe azzardato ritenere che, laddove il bilancio sia certificato, il modello possa essere ridotto ai minimi termini: infatti, reati della specie in esame possono verificarsi anche in società (o Gruppi) assoggettati a revisione e certificazione del bilancio. In questi casi, pure se emergessero responsabilità a carico del revisore, il Giudice potrebbe far scattare anche le sanzioni ex D. Lgs. n. 231/2001, una volta accertato che il "modello" non era adeguato o non era rispettato.

Quanto, poi, all'Organismo di vigilanza, (OdV), i compiti di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, con riferimento ai reati in esame, potranno essere più o meno vasti in relazione, anche in questo caso, alla presenza o meno dell'istituto della certificazione del bilancio; ma non potranno mai essere azzerati nel presupposto che i controlli dei revisori esterni rendano superflua l'azione dell'OdV Al contrario, può essere opportuno introdurre controlli *ad hoc* sull'operato del revisore, soprattutto in termini di mantenimento di quell'indipendenza, senza la quale la certificazione rischia di risultare un mero timbro formale sui documenti predisposti dall'ente.

A conclusione di queste prime sintetiche considerazioni sulle conseguenze dell'estensione ai reati societari dei meccanismi di cui al D. Lgs. n. 231/2001, si è cercato di:

a) individuare le integrazioni da apportare al modello organizzativo eventualmente adottato *ex* D. Lgs. n. 231/2001, affinché possa essere giudicato idoneo a prevenire, ragionevolmente, la commissione dei reati previsti dagli articoli 2621 e 2622 riguardanti il bilancio e le comunicazioni sociali in genere (nella nuova formulazione);

b) indicare le principali attività che l'Organismo di vigilanza dovrà svolgere affinché possa considerarsi adempiuto il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello.

I riferimenti e le considerazioni svolte nel presente documento riguardo al "bilancio" o alle "comunicazioni sociali" devono evidentemente considerarsi estesi al "bilancio consolidato di

gruppo" ed alle altre comunicazioni sociali previste dalla legge a carico di taluni gruppi societari[42].

Tuttavia, una lettura attenta delle disposizioni dell'art. 2621 e dell'art. 2622 cod. civ. ha dato spazio a considerare penalmente rilevanti la falsa esposizione di fatti materiali se contenuta nel bilancio, nelle relazioni o in comunicazioni sociali "previste dalla legge", mentre l'omissione informativa avrebbe rilevanza solo per quelle notizie la cui comunicazione è "imposta per legge". A questo "distinguo" si accompagnano interpretazioni, discussioni e critiche che giungono a conclusioni a volte giuridicamente paradossali e che comunque non possono essere evidentemente analizzate in questa sede. Si ritiene a questo proposito, anche tenuto conto delle finalità del presente documento, di raccomandare il rispetto dei principi di veridicità e correttezza e di vigilare sul medesimo rispetto riguardo qualunque documento giuridicamente rilevante nel quale si evidenzino elementi economici, patrimoniali e finanziari dell'azienda ancorché relativi al gruppo al quale la stessa appartiene o alle sue partecipazioni.

Fattispecie di reato	Controlli preventivi (protocolli) e principali attività dell'Organismo di vigilanza
L'Amministratore Delegato (o il Liquidatore o il Direttore Generale o il Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, nel caso di società quotata, ignora l'indicazione del Responsabile Amministrativo circa l'esigenza di un accantonamento (rettifica) al Fondo svalutazione crediti a fronte della situazione di crisi di un cliente, ed iscrive un ammontare di crediti superiore al dovuto; ciò al fine di non far emergere una perdita che comporterebbe l'assunzione di provvedimenti sul capitale sociale (artt. 2446 e 2447 cod. civ.).	1. Inserimento nelle norme di comportamento (o Codice etico) adottate dall'impresa di specifiche previsioni riguardanti il corretto comportamento di tutti i dipendenti coinvolti nelle attività di formazione del bilancio o di altri documenti similari. Ad esempio: massima collaborazione; completezza e chiarezza delle informazioni fornite; accuratezza dei dati e delle elaborazioni; segnalazione di conflitti di interesse; ecc. 2. Attività di formazione di base verso tutti i responsabili di funzione, affinché conoscano almeno le principali nozioni sul bilancio (norme di legge, sanzioni, principi contabili, ecc.). 3. Istituzione di una procedura chiara e tempificata rivolta alle stesse funzioni di cui sopra, con cui si stabilisca quali dati e notizie debbono essere forniti alla Amministrazione; nonché quali controlli devono essere svolti su elementi forniti dall'Amministrazione e da "validare". 4. Previsione, nell'ambito della procedura *sub* 3, dell'obbligo – per il Responsabile di funzione che fornisce dati ed informazioni relative al bilancio o ad altre comunicazioni sociali - di sottoscrivere una dichiarazione di veridicità e completezza delle informazioni trasmesse. Nella dichiarazione andrà di volta in volta as-

42 Considerata la complessità di tale documento, in aggiunta alle misure descritte nella scheda seguente, dovranno essere emanate specifiche norme e procedure rivolte alle società del gruppo e, all'interno della capogruppo, riguardanti: a) le dichiarazioni di veridicità e correttezza dei rispettivi bilanci; b) la conformità degli stessi ai principi di redazione dei bilanci di gruppo; c) le tecniche da utilizzare per l'elaborazione di questo documento (ad esempio riconciliazione dei saldi ed elisione delle partite intergruppo; determinazione del patrimonio netto di gruppo; ecc.).

Fattispecie di reato	Controlli preventivi (protocolli) e principali attività dell'Organismo di vigilanza
	severato ciò che obiettivamente e concretamente il soggetto responsabile può documentalmente dimostrare (anche a seguito di verifica *ex post*) sulla base dei dati in suo possesso, evitando, nell'interesse stesso dell'efficacia dei protocolli, affermazioni generali e generiche. Ciò anche al fine di evidenziare la necessità che i protocolli disciplinino efficacemente e conseguentemente responsabilizzino tutti i singoli passaggi di un procedimento che generalmente solo nella sua conclusione incontra un soggetto qualificabile come "Responsabile di funzione". 5. Tempestiva messa a disposizione di tutti i componenti del CdA - in particolare dei membri del Comitato per il controllo interno, ove esistente - della bozza del bilancio, prima della riunione del CdA per l'approvazione dello stesso; il tutto con una documentata certificazione dell'avvenuta consegna della bozza in questione. 6. Messa a disposizione delle persone *sub* 4 del giudizio sul bilancio (o attestazione similare, sufficientemente chiara ed analitica) da parte della società di certificazione, ove esistente. 7. Sottoscrizione, da parte del massimo Vertice Esecutivo, della c.d. lettera di attestazione o di manleva richiesta dalla società di revisione, ove esistente. La lettera deve essere altresì siglata dal Responsabile amministrativo e messa a disposizione dei membri del CdA Occorre precisare tuttavia che tale lettera non elimina di per sé la responsabilità della società di revisione. 8. Procedura che preveda almeno una riunione tra la società di certificazione, il Collegio Sindacale, il Comitato per il controllo interno (ove esistente) e l'OdV prima della seduta del Consiglio di Amministrazione indetta per l'approvazione del bilancio, che abbia per oggetto tale documento, con relativa stesura di verbale. 9. Comunicazione sistematica all'OdV di qualsiasi incarico conferito, o che si intende conferire, alla società di revisione (se esistente) o a società ad essa collegate, diverso da quello concernente la certificazione del bilancio. 10. Trasmissione all'OdV di copia delle comunicazioni alla Consob dell'insussistenza di cause di incompatibilità tra la società di revisione e la società certificata. 11. Invio all'OdV delle valutazioni in ordine alla scelta della società di revisione (in base ad elementi quali professionalità, esperienza nel settore, ecc. e non solo in base all'economicità). Per le società il cui bilancio non è assoggettato a revisione e certificazione, i punti 5 - 6 - 7 - 8 - 9 e 10 vanno sostituiti con i due seguenti punti: • procedura che preveda uno o più incontri dell'OdV con il Responsabile Amministrativo aventi ad oggetto il bilancio, con eventuali approfondimenti ed analisi documentali di fattispecie

FATTISPECIE DI REATO	CONTROLLI PREVENTIVI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
	di particolare rilievo e complessità presenti nella bozza di bilancio predisposta. Stesura di relativo verbale firmato da entrambi; • almeno una riunione all'anno, in prossimità della riunione del CdA, dell'OdV con il Collegio sindacale avente per oggetto il bilancio (con relativa nota integrativa), con stesura di verbale firmato da entrambi gli enti[43]. I risultati dell'attività dell'OdV devono essere riportati, in via normale, al massimo Vertice esecutivo. Peraltro, nel caso in cui dagli accertamenti svolti dal citato Organismo emergessero elementi che fanno risalire il reato (o il tentativo di commissione del reato) proprio al massimo Vertice esecutivo, sarà inevitabile che l'Organismo riferisca al Comitato per il controllo interno (se esistente), al Consiglio di Amministrazione e/o al Collegio sindacale. Una circostanza di questo tipo induce a riflettere sull'esigenza di una qualche forma di tutela del soggetto che riveste la qualifica di Responsabile dell'Organismo di vigilanza ex D. Lgs. n. 231/2001: si pensi ad esempio a particolari clausole di garanzia nella lettera di assunzione che sottraggano al potere del solo superiore diretto decisioni in merito a remunerazione, promozioni, licenziamento, trasferimento o altre sanzioni. Si ricorda, infine, che il controllo ultimo sull'operato degli amministratori viene svolto dal socio, sul cui patrimonio le sanzioni incidono direttamente. È pertanto importante l'esistenza di un flusso informativo continuo dell'OdV nei confronti degli amministratori e/o sindaci, ai quali compete convocare l'assemblea dei soci per i provvedimenti conseguenti. Le comunicazioni relative alle eventuali anomalie possono essere portate a conoscenza dei soci anche in occasione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio. Qualora tali anomalie siano portate a conoscenza dei soci, si ricorda che, oltre all'esperimento dell'azione sociale di responsabilità, questi ultimi possono presentare la denuncia al tribunale *ex* art. 2409 cod. civ., per il sospetto di gravi irregolarità commesse da amministratori e sindaci.

43 Le attività descritte in questi due punti necessitano, com'è facilmente intuibile, approfondite conoscenze in materia contabile e fiscale: ove l'OdV non ne disponga potrà, ovviamente, avvalersi di un consulente esterno.

8.2. IMPEDITO CONTROLLO

Art. 2625 del codice civile

Gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo o di revisione legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali o alle società di revisione, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.329 Euro.

Se la condotta ha cagionato un danno ai soci, si applica la reclusione fino ad un anno e si procede a querela della persona offesa.

La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Considerazioni

Quanto stiamo per dire riguarda, ovviamente, la fattispecie prevista dal secondo comma che, sola, può comportare una responsabilità *ex* D. Lgs. n. 231/2001. Infatti nel caso previsto dal primo comma la condotta, seppur sostanzialmente identica non integra reato, essendo prevista soltanto una sanzione amministrativa. Si ribadisce, ancora una volta, che il fatto deve essere realizzato nell'interesse della società e non, ad esempio, di amministratori o di una parte della compagine societaria.

Con tali precisazioni va rilevato che rispetto alla precedente disciplina anche in questo caso viene sanzionata la condotta illecita degli amministratori, riconoscendo una particolare tutela alle attività di controllo, oltre che da parte dei soci o dei sindaci, anche da parte delle società di revisione. L'elemento oggettivo è quindi costituito da qualsiasi comportamento commissivo o omissivo, con il quale gli amministratori impediscono il controllo da parte del collegio sindacale o dei soci o della società di revisione. Precisa la Cassazione che rileva *"ogni tipo di comportamento che si risolva in un diniego o attui un'opera diretta ad ostacolare la ricerca o a stornare l'attenzione"*. L'elemento soggettivo consiste nel dolo generico.

Il co. 3, introdotto dall'art. 39 della L. n. 262/2005, prevede che la pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati o diffusi tra il pubblico ai sensi dell'art. 116 del D. Lgs. n. 58/1998.

FATTISPECIE DI REATO	MODALITÀ	CONTROLLI PREVENTIVI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
Attività aziendale: condotta non corretta e non trasparente tenuta da Amministratori di una Società in relazione ad una puntuale richiesta da parte del Collegio Sindacale di tale Società sul rispetto, da parte della Società medesima, di una determinata normativa.	La condotta degli Amministratori - che si possono avvalere di propri diretti collaboratori - si può tradurre in azioni che non rispettino la richiesta di informazioni da parte del Collegio sindacale in tema di applicazione alla Società di una specifica normativa mediante l'occultamento, anche accompagnato da artifici, della documentazione utile a rappresentare i processi applicativi in sede aziendale di tale legge (ad esempio, esibizione parziale o alterata di detta documentazione).	• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione-formazione periodica degli amministratori, del *management* e dei dipendenti sulle regole in tema di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso anche in tema di disciplina di *Corporate Governace.* • Istituzione di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato di controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance*, nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del *management* e dei dipendenti. • Riporto periodico al Vertice sullo stato dei rapporti con il Collegio Sindacale e le altre Autorità abilitate ai controlli sulla Società. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale.

8.3. OMESSA COMUNICAZIONE DEL CONFLITTO D'INTERESSI

Art. 2629-*bis* del codice civile

L'amministratore o il componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi

del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, che viola gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, è punito con la reclusione da uno a tre anni, se dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi.

Considerazioni

L'art. 2629-*bis* del codice civile disciplina il reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi degli amministratori o dei componenti del consiglio di gestione.

La norma mira a rafforzare, attraverso la criminalizzazione del comportamento dell'amministratore, la sanzione civile (l'impugnativa della delibera del CdA) prevista dall'art. 2391 cod. civ. per i casi in cui un amministratore di una società quotata o con titoli diffusi o di una società sottoposta a vigilanza ai sensi del TUB e delle leggi in materia di assicurazioni e di fondi pensione, non abbia comunicato la presenza di un interesse proprio rispetto a quello della società in una determinata operazione.

La norma riprende la vecchia impostazione dell'art. 2631 che sanzionava il mancato rispetto dell'obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto di interessi. Questa impostazione era stata peraltro profondamente rivista con l'introduzione del nuovo art. 2634, che sanziona penalmente le c.d. infedeltà patrimoniali, cioè gli atti di disposizione dei beni sociali commessi dagli amministratori della società, che si trovino in una situazione di conflitto di interessi.

La norma prevede, a carico degli amministratori o dei componenti del consiglio di gestione, nel caso di società che abbiano adottato il modello dualistico di amministrazione e controllo, che violino le prescrizioni di cui al primo comma dell'art. 2391 (obbligo di comunicare l'esistenza di un interesse proprio in un'operazione), la sanzione della reclusione da uno a tre anni se da tale violazione siano derivati danni alla società o a terzi.

Infine, al co. 2 dell'art. 2629-*bis* è prevista l'estensione al reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi della responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001.

Considerato che nella gran parte dei casi di operazioni poste in essere dagli amministratori in conflitto di interessi la società è il soggetto danneggiato, come peraltro evidenziato dalla stessa norma, è necessario stabilire quando l'omessa comunicazione del conflitto di interessi sia commessa nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Va peraltro rilevato che, nella fattispecie assimilabile delle infedeltà patrimoniali, la responsabilità amministrativa dell'ente era stata esclusa proprio considerata la posizione della società, normalmente vittima di un simile comportamento posto in essere dai suoi amministratori.

Sulla base di queste considerazioni, l'ipotesi di maggiore rilievo, che richiede quindi una più attenta valutazione ai fini della predisposizione di adeguate misure di controllo idonee a prevenire la commissione del reato di specie, sembra essere quella in cui la condotta omissiva dell'amministratore abbia causato danni non alla società di appartenenza, bensì ai terzi che sono venuti in contatto ed hanno concluso con la società medesima rapporti giuridici di qualsiasi genere.

Il reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi è infatti un reato di danno, in quanto richiede ai fini della consumazione la lesione effettiva del bene giuridico tutelato dalla norma penale.

Pertanto, nell'ipotesi delittuosa considerata, il danno è un elemento essenziale della fattispecie e la sanzione predisposta dal legislatore per l'offesa arrecata al bene protetto colpisce non la mera condotta omissiva, bensì esclusivamente la condotta omissiva da cui è scaturito un danno per la società o anche per i terzi.

Ed è proprio in relazione al danno che questi ultimi possono ricevere dalla fattispecie criminosa in esame che emergono profili di criticità per le imprese per il conseguente rischio di rispondere dell'illecito amministrativo dipendente dal reato di omessa comunicazione del conflitto di interessi.

Si pensi, ad esempio, ai terzi creditori (fornitori, prestatori di garanzie, ecc.) della società i quali, in seguito alla conclusione di un affare da parte di un amministratore che abbia anche un proprio interesse coinvolto nell'operazione, abbiano visto pregiudicata la propria pretesa creditoria, oppure ai terzi che, in buona fede, hanno fatto affidamento sulle operazioni concluse dalla società.

Queste situazioni potrebbero emergere non solo in relazione ai comportamenti adottati dalle società individualmente, ma anche in una prospettiva di gruppo, laddove alcune operazioni potenzialmente svantaggiose, benché siano concluse nella prospettiva dei vantaggi compensativi del gruppo e, quindi, siano valutate nell'interesse dell'intera struttura societaria, possono presentare invece svantaggi per i soggetti terzi rispetto al gruppo.

Quanto agli strumenti volti a prevenire la commissione del reato in esame, va tenuto conto dell'esistenza, nelle società con titoli quotati, di una serie procedure, quali ad esempio quelle relative alle operazioni con parti correlate ed agli interessi degli amministratori, la cui adozione è peraltro raccomandata anche dal Codice di Autodisciplina delle società quotate (v. art. 9), cui si può fare utilmente riferimento anche nell'ambito del modello organizzativo.

Fattispecie di reato	Modalità	Controlli preventivi (protocolli) e principali attività dell'Organismo di vigilanza
L'amministratore delegato di una società quotata non dichiara volutamente al CdA il suo interesse personale o di suoi familiari in una determinata operazione all'esame del Consiglio di amministrazione.	L'amministratore delegato di una società quotata – che è socio di maggioranza di altra società – non dichiara tale sua partecipazione al CdA in sede di approvazione di una commessa/appalto della società quotata assegnata a detta società.	• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione-formazione periodica degli amministratori, del *management* e dei dipendenti sulle regole in tema di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione/aggiornamento dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso anche in tema di disciplina di *Corporate Governace.* • Identificazione delle principali fattispecie di interessi degli amministratori. • Procedure autorizzative per operazioni esposte a situazioni di conflitto di interesse evidenziate da singoli amministratori. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale.

8.4. ILLECITA INFLUENZA SULL'ASSEMBLEA

Art. 2636 del codice civile

Chiunque, con atti simulati o fraudolenti determina la maggioranza in assemblea allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Considerazioni

È opportuno ricordare che la responsabilità dell'ente è configurabile solo quando la condotta prevista dall'articolo in esame sia realizzata nell'interesse dell'Ente. Ciò rende difficilmente ipotizzabile il reato in questione che, di norma, viene realizzato per favorire interessi di parte e non dell'"ente".

Il legislatore ha, con il D. Lgs. n. 61/2002, mutato la natura del reato in esame, che, da propria, quale era nella vecchia formulazione (soggetti attivi erano solo gli amministratori), diviene comune. Il legislatore ha considerato così meritevole di sanzione anche il comportamento di coloro che non rivestono la qualifica di amministratori, quindi, ad esempio, i soci. Viene peraltro conferita maggiore determinatezza alla condotta, dal momento che ci si richiama ad atti simulati o fraudolenti. Al contempo è richiesto un concreto risultato lesivo (l'illecita determinazione della maggioranza), strumentale al conseguimento della finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto (espressa dal dolo specifico).

FATTISPECIE DI REATO	MODALITÀ	CONTROLLI PREVENTIVI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
Attività aziendale: l'Amministratore delegato predispone apposita documentazione falsa o comunque alterata ai fini della deliberazione dell'assemblea su uno specifico ordine del giorno. Tale documentazione è in grado di influenzare la maggioranza dei soci e determina, come tale, la volontà dell'assemblea in sede di deliberazione. Resta fermo (anche secondo la vecchia giurisprudenza) che il reato non si verifica allorché - anche in assenza di una condotta illecita dell'Amministratore - la maggioranza sarebbe stata ugualmente raggiunta. L'assunzione di tale deliberazione consente, come tale, di soddisfare interessi economico -finanziari dell'Amministratore medesimo o di terzi in accordo con quest'ultimo.	L'Amministratore delegato, anche avvalendosi dei suoi collaboratori, provvede a presentare all'Assemblea, in relazione ad un determinato ordine del giorno, atti e documenti falsi o non completi o comunque alterati in alcuni suoi contenuti, allo scopo di indurre l'assemblea ad approvare una puntuale delibera su uno specifico argomento.	• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione/formazione periodica degli amministratori, del management e dei dipendenti sulla normativa di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Istituzioni di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato per il controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance* (compresa quella in tema di "parti correlate"), nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del *management*, dei dipendenti. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale.

8.5. AGGIOTAGGIO

Art. 2637 del codice civile

Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni.

Considerazioni

L'art. 2637 cod. civ. ha accorpato le fattispecie contenute nel codice civile (art. 2628), nel TUF (art. 181) e nel TUB (art. 138), peraltro di non frequente applicazione. Successivamente all'approvazione del D. Lgs. n. 62/2002, la norma è stata oggetto di modifica ad opera dell'art. 9, co. 4, della l. 18 aprile 2005, n. 62 (c.d. Legge Comunitaria 2004), che ne ha limitato il campo di applicazione ai soli strumenti finanziari non quotati o per i quali non sia stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato. La disciplina relativa alle ipotesi di aggiotaggio (o manipolazione di mercato, come recitano le nuove norme) commesse su titoli quotati o per i quali sia stata presentata domanda di ammissione a quotazione, si applicano le nuove norme introdotte nel TUF dall'art. 9 della Legge Comunitaria 2004 (v. Scheda n. 8 del presente Case Study).

Con riferimento ai contenuti della fattispecie, non viene ravvisato l'estremo della divulgazione quando le notizie non siano state diffuse o rese pubbliche, ma siano state dirette solo a poche persone. Per notizia deve intendersi una indicazione sufficientemente precisa di circostanze di fatto. Non sono considerate tali né le semplici voci, né le previsioni di tipo soggettivo. La notizia è da considerare falsa "quando, creando una falsa rappresentazione della realtà, sia tale da trarre in inganno gli operatori determinando un rialzo o ribasso dei prezzi non regolare". Per altri artifici si deve intendere "qualsiasi comportamento che, mediante inganno, sia idoneo ad alterare il corso normale dei prezzi". Per l'esistenza del reato è sufficiente una situazione di pericolo, indipendentemente dal verificarsi di una variazione artificiosa dei prezzi.

FATTISPECIE DI REATO	MODALITÀ	CONTROLLI PREVENTIVI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
Attività aziendale: il dipendente di una società che diffonde alla stampa notizie false sulla società medesima (ad esempio, dati economico-finanziari o dati relativi a situazioni interenti alla gestione di tale società): notizie, come tali, in grado di determinare una sensibile alterazione del prezzo riguardante il titolo azionario di detta società.	Il dipendente di una società si accorda con un giornalista per far diffondere sulla stampa notizie false relativamente a tale società, nel proposito di determinare una sensibile variazione del prezzo del titolo azionario della società medesima. Il che beneficia lo stesso dipendente e/o terzi grazie a transazioni speculative tempestivamente operate dai medesimi in sede di compravendita di detto titolo azionario.	• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione/formazione periodica degli amministratori, del management e dei dipendenti sulla normativa di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Istituzioni di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato per il controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance*, nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del Management e dei dipendenti. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale. • Procedure autorizzative per comunicati stampa, ecc. • Procedure autorizzative per acquisti e vendite di azioni proprie e/o di altre società.

8.6. OSTACOLO ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE DI VIGILANZA

Art. 2638 del codice civile

Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci ed i liquidatori di società od enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazione, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società, o enti e i soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti a obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Considerazioni

La nuova figura di reato risponde all'esigenza di coordinare ed armonizzare le fattispecie riguardanti le numerose ipotesi, esistenti nella disciplina previgente, di falsità nelle comunicazioni agli organi di vigilanza, di ostacolo allo svolgimento delle funzioni, di omesse comunicazioni alle autorità medesime. Viene così completata secondo il legislatore la tutela penale dell'informazione societaria, in questo caso nella sua destinazione alle autorità di vigilanza settoriali (Consob, Banca d'Italia, Isvap).

Il co. 3, introdotto dall'art. 39 della L. n. 262/2005, prevede che la pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati o diffusi tra il pubblico ai sensi dell'art. 116 del D.lgs. n. 58/1998.

FATTISPECIE DI REATO	MODALITÀ	CONTROLLI PREVENTIVI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
Attività aziendale: Gli Amministratori di società quotata in borsa trasmettono alla Consob il progetto di Bilancio con relazioni e allegati, riportando notizie false o comunque notizie incomplete e frammentarie relativamente a determinate rilevanti operazioni sociali al fine di evitare possibili controlli da parte della Consob.	Gli Amministratori di una società quotata in borsa, al fine di evitare possibili controlli da parte della Consob, nel comunicare alla Consob medesima il progetto di Bilancio con relazioni ed allegati, forniscono - anche mediante formulazioni generiche, confuse e/o imprecise - informazioni non corrette relativamente ad importanti operazioni sociali (ad esempio in tema di acquisizione di "partecipazioni rilevanti" in altre società per azioni non quotate).	• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione/formazione periodica degli amministratori, del management e dei dipendenti sulla normativa di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Istituzioni di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato per il controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance*, nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del Management e dei dipendenti. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale. • Report periodici al Vertice aziendale dello stato dei rapporti con le Autorità pubbliche di Vigilanza.

8.7. ILLECITE OPERAZIONI SULLE AZIONI O QUOTE SOCIALI O DELLA SOCIETÀ CONTROLLANTE

Art. 2628 del codice civile

Gli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

La stessa pena si applica agli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge.

Se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto.

I precedenti di riferimento sono:
Art. 2630, co 1, n. 2, cod. civ.
"Gli amministratori che violano le disposizioni degli artt. 2357, primo comma, (acquisto delle proprie azioni) … 2359-bis, co. 1 (acquisto di azioni o quote da parte della società controllate)"

Art. 2630-*bis* cod. civ.
"I promotori, i soci fondatori, gli amministratori che violano le disposizioni dell'art. 2357-quater, primo comma, (divieto di sottoscrizione delle proprie azioni) e 2359-quinquies, primo comma (sottoscrizione di azioni o quote della società controllante)"

Considerazioni

Anche in questo caso si è abbandonato il modello di reato di mero pericolo presunto, privilegiando quello di danno. Inoltre, la disposizione attuale contiene una descrizione "esaustiva" della fattispecie del reato, abbandonando apparentemente la tecnica del rinvio a specifiche norme civilistiche contenute nelle citate precedenti disposizioni.

Il bene giuridico oggetto di tutela è costituito dalla **"integrità del capitale sociale e delle riserve non distribuibili per legge".**

La condotta punibile, anche qui, deve essere di carattere doloso quanto meno nel limite minimo dell'"accettazione" della realizzazione dell'evento dannoso (c.d. dolo eventuale).

Si tratta di un reato "proprio" che può essere commesso solo dagli amministratori. A questo proposito è opportuno richiamare le considerazioni svolte all'interno della scheda n.1 che tuttavia possono essere integrate considerando la possibilità che "l'amministratore" dia ad un terzo l'incarico di acquistare e/o sottoscrivere azioni in nome proprio e per conto della società (concorso di persone nel reato). È opportuno ricordare che la responsabilità dell'ente sorge solo se la condotta è realizzata nell'interesse dell'ente (per una possibile convergenza di interessi si veda l'art. 5 del D. Lgs. n. 231/2001).

L'ipotesi appena descritta rileva inoltre ai fini della configurabilità del "tentativo" punibile nel caso in cui ad esempio il terzo non realizzi il compito affidatogli per cause indipendenti dalla sua volontà.

È stata introdotta una causa di estinzione del reato: l'eliminazione del danno.

CONTROLLI PREVENTIVI
• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione/formazione periodica degli amministratori, del management e dei dipendenti sulla normativa di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Istituzioni di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato per il controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance*, nonché il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del Management e dei dipendenti. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale. • Procedure autorizzative per acquisti di azioni o quote proprie e/o della società controllante.

8.8. OPERAZIONI IN PREGIUDIZIO DEI CREDITORI

Art. 2629 del codice civile

Gli amministratori che, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, effettuano riduzioni del capitale sociale o fusioni con altra società o scissioni, cagionando danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

Il precedente di riferimento è:

Art. 2623, n.1, cod. civ.

"Gli amministratori che eseguono una riduzione del capitale o la fusione con altra società o una scissione in violazione degli articoli 2306, 2445 e 2503"

Considerazioni

Oggetto di tutela della precedente fattispecie era costituito evidentemente dall'interesse dei creditori sociali a non vedere diminuite le garanzie del proprio credito. Le norme la cui violazione integrava il reato, infatti, prevedevano e prevedono, fra l'altro, che le delibere di ri-

duzione del capitale sociale o di fusione o di scissione possano essere eseguite solo dopo che siano trascorsi tre mesi dalla iscrizione della delibera nel registro delle imprese, e ciò al fine di consentire ai creditori della società di proporre opposizione.

Rispetto alla precedente versione va preliminarmente osservato anche in questo caso il passaggio da una ipotesi di reato di pericolo presunto a quella di danno. In particolare, ai fini della configurabilità del reato è oggi necessario che alla condotta in violazione delle norme civilistiche che governano le operazioni descritte sia consequenzialmente connesso "il danno ai creditori".

Ancora maggiore evidenza acquista la rilevanza "privatistica" dell'attuale fattispecie penale se si considera che la stessa è accompagnata dalla previsione della procedibilità a querela del danneggiato nonché da una causa di estinzione del reato costituita dal "risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio".

Siamo ancora dinanzi ad una ipotesi di condotta "dolosa" ed anche in questo caso è possibile l'attribuzione di responsabilità anche a titolo di "dolo eventuale", costituita dalla intenzionalità di violare le disposizioni che presiedono al corretto svolgimento delle operazioni di riduzione del capitale sociale, fusione e scissione societaria, accompagnata dalla mera accettazione della possibilità che l'evento del danno ai creditori si verifichi.

Si tratta di un reato "proprio" che può essere commesso solo dagli amministratori.

È interessante rilevare come l'attuale formula aperta usata dalla disposizione novellata ("violazione delle disposizione di legge"), rispetto alla tassativa previsione precedente, consente di ipotizzate la concretizzazione di questo reato anche ad esempio nel caso in cui l'amministratore abbia proceduto alle descritte operazioni di riduzione, fusione o scissione in situazione di conflitto di interessi con la società ed in violazione delle disposizioni previste dal novellato art. 2634 cod. civ. (Infedeltà patrimoniale). A ciò va aggiunta l'ipotizzabilità del concorso tra le predette disposizioni. È chiaro, tuttavia, che nel caso di conflitto di interessi sarà configurabile il reato ma non la responsabilità dell'ente *ex* D. Lgs. n. 231/2001.

CONTROLLI PREVENTIVI
• Specifica previsione del Codice Etico. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Programma di informazione/formazione periodica degli amministratori, del management e dei dipendenti sulla normativa di *Corporate Governance* e sui reati/illeciti amministrativi in materia societaria. • Introduzione/integrazione dei principi di disciplina (regolamenti/procedure) in tema di rapporti di *Corporate Governance* e di osservanza della normativa societaria. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Istituzioni di riunioni periodiche tra Collegio Sindacale, Comitato per il controllo interno (se esistente) ed Organismo di Vigilanza anche per verificare l'osservanza della disciplina prevista in tema di normativa societaria/*Corporate Governance*, nonchè il rispetto dei comportamenti conseguenti da parte degli Amministratori, del Management e dei dipendenti. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale. • Procedure chiare ed esaustive che disciplinino le operazioni di riduzione del capitale sociale, fusione e scissione societaria.

9. ABUSI DI MERCATO

L'art. 9 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge Comunitaria per il 2004), che ha recepito la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (c.d. abusi di mercato) introduce l'art. 25-*sexies* nel decreto n. 231/2001. Questa norma estende l'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche alle condotte che integrano i c.d. abusi di mercato e stabilisce:

> *"In relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato previsti dalla parte V, titolo I-bis, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.*
>
> *Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto".*

La modifica al decreto n. 231 non è però l'unica novità di rilievo. Il sistema di sanzioni per i c.d. abusi di mercato definito dal legislatore della Comunitaria è infatti più complesso. Esso prevede sanzioni amministrative a carico sia della persona fisica che della società per illeciti amministrativi, nonché sanzioni penali a carico della persona fisica e sanzioni amministrative a carico della società nel caso in cui l'illecito assuma rilevanza penale.

La Legge Comunitaria interviene sia sul codice civile che sul Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (TUF).

Quanto al codice civile, viene modificato l'art. 2637, che sanzionava il reato di aggiotaggio commesso in relazione a strumenti finanziari quotati e non quotati. La norma si applica invece adesso ai soli casi di aggiotaggio posti in essere con riferimento agli *"strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato"* (v. scheda n. 9.5. della presente Appendice) e non invece agli strumenti finanziari quotati, cui si applicano le norme del TUF.

Interventi più importanti hanno riguardato il TUF.

In primo luogo, è stato riscritto l'art. 114 relativo alle comunicazioni al pubblico, che obbliga gli emittenti quotati e i soggetti che li controllano a comunicare al pubblico, senza indugio, le **informazioni privilegiate** relative a detti emittenti o alle società da essi controllate. La definizione di informazioni privilegiate è data dal nuovo art. 181 TUF, anch'esso modificato dalla Legge Comunitaria 2004, che prevede al comma 1 che *"per informazione privilegiata si in-*

tende un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari". I successivi commi specificano ulteriormente tale nozione.

A tal proposito, la nozione di *strumenti finanziari*, utile per delimitare l'ambito di applicazione della normativa in esame, è contenuta nell'art. 180 TUF, ove questi vengono definiti come *"gli strumenti finanziari di cui all'art. 1 comma 2 [TUF], ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di un altro Paese dell'Unione europea"*.

L'art. 114 rinvia la definizione delle modalità della comunicazione alla Consob, che le ha stabilite nel Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti (c.d. Regolamento emittenti) e nel Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213 in materia di mercati (c.d. Regolamento mercati). La norma rinvia altresì alla regolamentazione Consob la disciplina dei casi in cui i soggetti obbligati possano ritardare la comunicazione obbligatoria.

L'inottemperanza all'obbligo di comunicazione viene sanzionata pecuniariamente (art. 193 TUF).

Viene infine previsto, all'art. 115-*bis* del TUF, che i soggetti obbligati alla comunicazione debbano istituire e mantenere regolarmente aggiornato un registro delle persone che, in ragione dell'attività lavorativa o professionale ovvero in ragione delle funzioni svolte, hanno accesso alle informazioni privilegiate.

Oltre all'obbligo di comunicazione delle informazioni privilegiate, le nuove norme disciplinano gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, per i quali, come accennato, sono previste sanzioni sia penali che amministrative.

In particolare, l'**art. 184 TUF** disciplina il **reato di abuso di informazioni privilegiate** e prevede che:

> *"È punito con la reclusione da due a dodici anni e con la multa da euro quarantamila a euro sei milioni*[44] *chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio:*

44 L'art. 39, co. 1, della l. 262/2005 ha provveduto a raddoppiare le pene originariamente previste per il reato di abuso di informazioni privilegiate (nella precedente versione dell'art. 184 TUF si prevedevano la reclusione da uno a sei anni e la multa da euro ventimila a euro sei milioni) e per la fattispecie di manipolazione del mercato (che l'art. 185 TUF sanzionava con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni).

a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime;

b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio;

c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).

La stessa pena di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1.

Il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo.

Ai fini del presente articolo per strumenti finanziari si intendono anche gli strumenti finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, il cui valore dipende da uno strumento finanziario di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a)".

L'**art. 185 TUF** disciplina invece la fattispecie illecita della **manipolazione del mercato**:

"Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifizi concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da due a dodici anni e con la multa da euro quarantamila a euro dieci milioni[45]*.*

Il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo".

Oltre alle sanzioni penali previste dalle due norme, le condotte di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato sono oggetto anche di apposite sanzioni amministrative. Infatti, la Legge Comunitaria ha introdotto due nuove articoli nel TUF, ovvero l'**art. 187-*bis*** e l'**art. 187-*ter***, che tipizzano - rispettivamente - gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. Entrambi gli illeciti sono puniti -

45 Cfr. nota precedente.

salve le relative sanzioni penali applicabili quando il fatto integra un reato - con sanzioni amministrative pecuniarie, che vanno da un minimo di centomila euro ad un massimo di quindici milioni di euro, nell'ipotesi di abuso di informazioni privilegiate, e da un minimo di centomila euro ad un massimo di venticinque milioni di euro[46] per la manipolazione del mercato.

Va sottolineato che, trattandosi di illeciti amministrativi, le sanzioni previste dal TUF si applicano anche quando le condotte suddette siano poste in essere a titolo di mera colpa, vale a dire per negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Il potere di comminare queste sanzioni amministrative è affidato alla Consob dall'**art. 187-*septies* TUF**. La Commissione lo esercita all'esito di un procedimento ispirato ai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione, nonché della distinzione fra le funzioni istruttorie e quelle decisorie, entrambe interne all'Autorità di vigilanza.

Il sistema sanzionatorio, sul piano amministrativo, si completa con la previsione di cui all'**art. 187-*quinquies* TUF** riferita all'ente, in cui si prevede che:

> *"L'ente è responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti di cui al presente capo commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:*
>
> *a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;*
>
> *b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).*
>
> *Se, in seguito alla commissione degli illeciti di cui al comma 1, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto.*
>
> *L'ente non è responsabile se dimostra che le persone indicate nel comma 1 hanno agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi.*
>
> *In relazione agli illeciti di cui al comma 1 si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 6, 7, 8 e 12 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Il Ministero della giu-*

46 L'art. 39, co. 3, l. 262/2005 ha provveduto a quintuplicare le sanzioni originariamente previste per tali illeciti. In origine, infatti, esse erano fissate nel minimo in ventimila euro per entrambe le fattispecie, e nel massimo in tre milioni di euro per l'abuso di informazioni privilegiate ed in cinque milioni di euro per la manipolazione del mercato.

stizia formula le osservazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sentita la CONSOB, con riguardo agli illeciti previsti dal presente titolo".

Considerazioni

La disciplina della responsabilità dell'ente con riguardo alle nuove fattispecie di illecito è articolata su due piani:

- l'art. 187-*quinquies* prevede sanzioni amministrative pecuniarie da 100.000 a 15.000.000 ovvero da 100.000 a 25.000.000 di euro (rispettivamente per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato) applicabili dalla Consob (art. 187-*septies*). La sanzione può essere aumentata fino a dieci volte il profitto o il prodotto conseguito dall'ente a seguito della commissione dell'illecito, se il profitto o il prodotto siano di rilevante entità;
- l'art. 25-*sexies* del decreto n. 231/2001 stabilisce che il giudice, in sede penale, possa applicare una sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote (anche questa sanzione può essere aumentata fino a dieci volte il profitto o il prodotto conseguito dall'ente a seguito della commissione del reato, se il profitto o il prodotto siano di rilevante entità). Così come per i reati societari, non sono previste sanzioni interdittive a carico dell'ente.

Pertanto, se la fattispecie di illecito presupposto assume rilevanza penale, l'eventuale responsabilità dell'ente sarà accertata in sede giudiziaria; se invece si tratta di un illecito amministrativo - posto in essere comunque nell'interesse o a vantaggio dell'ente - l'accertamento e l'applicazione delle relative sanzioni spetterà alla Consob. Al riguardo, il TUF chiarisce i rapporti tra i procedimenti amministrativo e penale (Capo V, artt. 187-*decies* e ss.).

In particolare, con riferimento ai profili di accertamento delle responsabilità dei soggetti coinvolti, l'art. 187-*duodecies* stabilisce che:

"Il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'art. 187-septies non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione.

Sulla base di quanto detto, una stessa fattispecie/notizia di illecito potrebbe contestualmente essere oggetto di un procedimento penale dinanzi al giudice ordinario e di un procedimento amministrativo presso la Consob, con un conseguente accertamento della responsabilità dell'ente per la medesima fattispecie sia in sede giudiziaria che amministrativa.

Esemplificazioni

Per agevolare il compito delle imprese nella individuazione dei comportamenti rilevanti, valutazione delle aree di rischio e predisposizione delle misure di prevenzione, di seguito riportiamo una elencazione dei comportamenti abusivi, con indicazione delle possibili aree di rischio e dei controlli preventivi attivabili.

Nell'elencazione dei comportamenti rilevanti sono riprodotti alcuni degli esempi contenuti nella Comunicazione Consob n. DME/5078692 del 29 novembre 2005, che, a sua volta, si rifà al documento *"Market Abuse Directive. Level 3 – First set of CESR guidance and information on the common operation of the directive"* del Committee of European Securities Regulators (CESR). Non sono stati riportati quegli esempi, contenuti sempre nella Comunicazione, che descrivono comportamenti propri degli intermediari.

Infatti, le indicazioni contenute nelle Linee Guida di Confindustria sono state elaborate in considerazione della natura e delle caratteristiche peculiari della componente associativa, tenendo conto delle specificità proprie dei diversi *settori industriali* rappresentati. Esse sono quindi essenzialmente indirizzate ai soggetti (imprese ed enti) che operano, a vario titolo, nel complesso campo della produzione di beni e/o prestazione di servizi. In questo ambito possono rientrare, seppure in via residuale, soggetti emittenti che svolgono funzioni o attività tipiche di intermediazione finanziaria, di investimento in partecipazioni, ecc. Resta ferma in questi casi l'esigenza di essere *compliant* rispetto ai codici di comportamento predisposti da associazioni di categoria di settore.

L'elencazione, così come le indicazioni riguardo alle aree di rischio ed ai controlli preventivi, sono puramente esemplificative. In particolare, va tenuto presente che per alcune delle condotte prese in esame (es. "costituzione di una soglia minima al corso dei prezzi") il riferimento ad alcune specifiche aree aziendali a rischio non deve essere considerato come esaustivo. Pertanto, una valutazione effettuata caso per caso deve tenere in considerazione la probabilità di verificazione di illeciti anche nei settori d'attività funzionalmente collegati a quelli espressamente menzionati, ed il conseguente inserimento di questi ultimi all'interno delle aree aziendali da ritenersi a rischio.

Nella tabella che segue sono indicati esempi di possibili manipolazioni di mercato. A questo proposito nella Comunicazione della Consob viene chiarito che tali esempi costituiscono un'integrazione di quanto previsto dall'articolo 62, co. 5, del Regolamento Mercati e devono servire agli operatori per l'identificazione di elementi importanti (c.d. "*diagnostic flags*" o "*signals*") nel monitorare la propria attività. La Consob sottolinea, inoltre, che, come indicato nell'art. 64, co. 1, lett. e), del Regolamento Mercati, gli esempi devono essere presi in considerazione per adempiere correttamente agli obblighi in materia di comunicazione delle operazioni sospette previsti dall'art. 187-*nonies* del Testo unico. Nella Comunicazione viene poi

precisato che, laddove un esempio sembri prevedere in un determinato comportamento dell'agente la presenza dell'intento manipolativo o del dolo specifico, ciò non implica in alcun modo che in mancanza dell'intento manipolativo o del dolo specifico quel comportamento non possa rientrare nella definizione di manipolazione del mercato fornita dal Testo unico. Data la brevità che contraddistingue necessariamente gli esempi, il documento del CESR illustra casi evidenti che ricadono nettamente nella definizione di manipolazione del mercato o che, comunque, forniscono indizi di elementi manipolativi importanti per le valutazioni. Di converso, alcuni comportamenti indicati negli esempi possono risultare di fatto leciti se, ad esempio, determinati da motivazioni del tutto legittime e se conformi a quanto previsto dalle leggi e dai regolamenti.

Si precisa inoltre che le strategie manipolative più ricorrenti, dalle quali può derivare la responsabilità amministrativa *ex* decreto n. 231 in capo ad un emittente o una società in via di quotazione o ad un soggetto che le controlla (e più in generale società in rapporto di controllo con società quotate o in via di quotazione) ovvero che detiene in esse una partecipazione rilevante (c.d. *large investors*) o, ancora, ad un investitore molto attivo sui mercati, possono essere ricondotte, per emittenti e *large investors*, alle fattispecie di: *a)* "costituzione di una soglia minima al corso dei prezzi"; *b)* "celare la proprietà"; *c)* "comprimere in modo abusivo il mercato". Quanto, invece, agli investitori molto attivi sui mercati, le operazioni manipolative più caratteristiche sono quelle di *"trading on one market to improperly position the price of a financial instrument on a related market"*, *"pump and dump"*, *"trash and cash"*. Ulteriori ipotesi di manipolazione possono in ogni caso rilevare soprattutto in casi di fattispecie concertate tra i soggetti sopra indicati ed altri operatori del mercato (es. intermediari abilitati, assicurazioni, ecc.).

La Comunicazione della Consob, cui si rinvia per maggiori dettagli, contiene inoltre una serie di esempi di comportamenti indicativi della presenza di operazioni sospette, ad integrazione di quanto previsto dall'art. 64, co. 1, lett. f), del Regolamento Mercati. Si tratta di indicazioni che devono essere utilizzate dalle imprese per rilevare eventuali anomalie comportamentali ed attivare le conseguenti procedure di controllo.

Nella parte della tabella relativa all'abuso di informazioni privilegiate è riportato un elenco di eventi/circostanze che possono costituire la fonte di informazioni privilegiate che riguardano direttamente il soggetto emittente. Gli eventi e le informazioni indicate, che hanno un valore puramente esemplificativo e non esaustivo, sono riprese dal documento del CESR del luglio 2007 (*"Market Abuse Directive. Level 3 – Second Set of CESR Guidance and Information on the Common Operation of the Directive to the Market" – CESR/06-562b, section 1.15*), al quale si rinvia per una disamina più completa della casistica. Le suddette informazioni, utili per definire il contenuto ed i limiti delle fattispecie di abuso di informazioni privilegiate nonché di manipolazione informativa, possono agevolare gli enti nella individuazione delle aree a ri-

schio e nella predisposizione del relativo sistema dei controlli preventivi.

In tema di controlli, appare utile evidenziare l'importanza della completezza, della tempestività e della sistematicità dei controlli di tipo *ex post*, i quali, se noti a dipendenti e soggetti apicali, potrebbero, peraltro, costituire un valido disincentivo anche in via *ex ante*, che consentirebbe di alleggerire i controlli preventivi in modo da evitare un eccessivo rallentamento dell'attività ordinaria sui mercati. Allo stesso modo, è importante che i controlli relativi agli abusi di mercato vengano effettuati prendendo in esame tutti i possibili interessi che l'ente associato ha sui titoli sui quali opera.

MANIPOLAZIONI DI MERCATO

Come anticipato in sede di "esemplificazioni", nell'ambito delle condotte manipolative riportate in tabella, le società emittenti o in via di quotazione, i soggetti che le controllano (e più in generale società in rapporto di controllo con società quotate o in via di quotazione) ovvero coloro che detengono in esse una partecipazione rilevante (c.d. *large investors*), dovranno prestare particolare attenzione alle fattispecie di seguito indicate:

a)"costituzione di una soglia minima al corso dei prezzi"; b)"celare la proprietà"; c)"comprimere in modo abusivo il mercato".

Quanto invece agli investitori molto attivi sui mercati, le operazioni manipolative più caratteristiche sono quelle di:

a) "trading on one market to improperly position the price of a financial instrument on a related market"; b) "pump and dump"; c) "trash and cash".

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
OPERAZIONI FALSE O FUORVIANTI (art. 187-*ter*, co. 3, lett. a), TUF)	**Operazioni fittizie (wash trades)** Effettuazione di operazioni di acquisto o di vendita di uno strumento finanziario senza che si determini alcuna variazione negli interessi o nei diritti o nei rischi di mercato del beneficiario delle operazioni o dei beneficiari che agiscono di concerto o in modo collusivo. Le operazioni di riporto o di prestito titoli o le altre operazioni che prevedono il trasferimento di strumenti finanziari in garanzia non costituiscono di per sé manipolazione del mercato.	• Finanza • Tesoreria	• Specifica previsione del Codice Etico che vieti l'adozione di comportamenti a rischio dei reati o illeciti amministrativi considerati e, in particolare, la conclusione di operazioni sul mercato finanziario laddove tali comportamenti siano finalizzati a dare esecuzione ad operazioni simulate o artificiose in violazione delle normative disposte dalle autorità di vigilanza. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Introduzione/integrazione di principi, regolamenti e procedure in tema di abusi di mercato, anche mediante riferimento alla casistica riportata dalla Consob nella Comunicazione del novembre 2005. • Prevedere, per le sole società emittenti che non svolgano direttamente attività di intermediazione, la possibilità di avvalersi, per l'esecuzione di operazioni su strumenti finanziari, di intermediari abilitati che attestino di avere adottato adeguate procedure informatiche. • Programma di informazione/formazione periodica di amministratori,
	Alterazione del quadro delle operazioni (painting the tape) Effettuazione di un'operazione o una serie di operazioni che vengono mostrate al pubblico, anche su strutture telematiche o elettroniche, per fornire l'apparenza di una attività o di un movimento dei prezzi di uno strumento finanziario.	• Finanza • Tesoreria	
	Ordini abbinati in modo improprio Operazioni che derivano da ordini di acquisto e di vendita immessi da soggetti che agiscono di concerto contemporaneamente ovvero quasi allo stesso momento, aventi gli stessi prezzi e gli stessi quantitativi; salvo che questi ordini siano legittimi ed effettuati in conformità alle regole del mercato (ad esempio, *cross orders*).	• Finanza • Tesoreria	

47 L'elencazione delle aree di rischio contenuta in tabella è da ritenersi puramente esemplificativa e potrebbe, in sede di concreta valutazione, richiedere delle opportune integrazioni. Infatti l'individuazione, all'interno di ciascun contesto aziendale, delle attività e delle relative aree a rischio di illeciti deve considerare anche quei settori d'attività che risultino alle principali funzionalmente collegati.

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	Inserimenti di ordini nel mercato senza l'intenzione di eseguirli Inserimento di ordini, specie nei mercati telematici, a prezzi più alti (bassi) di quelli delle proposte presenti dal lato degli acquisti (vendite). L'intenzione sottostante agli ordini non è quella di eseguirli ma di fornire indicazioni fuorvianti dell'esistenza di una domanda (offerta) sullo strumento finanziario a tali prezzi più elevati (bassi). (Una variante di questo comportamento consiste nell'inserimento di un ordine per quantitativi minimi in modo da muovere il prezzo delle migliori proposte in acquisto o in vendita sullo strumento finanziario con l'intenzione di non eseguirlo, ma rimanendo eventualmente disponibili all'esecuzione qualora non si riesca a ritirarlo in tempo.)	• Finanza • Tesoreria	management e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio su normativa in materia di abusi di mercato e relative procedure interne. • Comunicazione sistematica all'OdV, da parte di amministratori, *management* e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio, di fatti e/o comportamenti sintomatici di operazioni di *market abuse* e conseguente obbligo dell'OdV di riferire tempestivamente all'organo dirigente e/o di controllo quelle situazioni che in concreto possano integrare un illecito manipolativo, ai fini delle iniziative e dei provvedimenti di rispettiva competenza. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Procedure autorizzative per acquisti e vendite di azioni e strumenti finanziari propri e/o di altre società. • Previsione di apposite sanzioni disciplinari.
OPERAZIONI CHE FISSANO I PREZZI A LIVELLI ANOMALI O ARTIFICIALI (art. 187-ter, co. 3, lett. b), TUF)	**Segnare il prezzo in chiusura (marking the close)** Acquisto o vendita intenzionale di strumenti finanziari o contratti derivati verso la fine delle negoziazioni in modo da alterare il prezzo finale dello strumento finanziario o del contratto derivato. Questo comportamento può essere posto in	• Finanza • Tesoreria	• Specifica previsione del Codice Etico che vieti l'adozione di comportamenti a rischio dei reati o illeciti amministrativi considerati e, in particolare, la conclusione di operazioni sul mercato finanziario laddove tali comportamenti siano finalizzati a

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	essere in qualsiasi giorno di negoziazione, ma è spesso associato ai giorni in cui scadono contratti derivati o ai giorni in cui vengono calcolate, annualmente o trimestralmente, le commissioni su portafogli gestiti o su fondi comuni o ai giorni in cui vengono valutati o indicizzati contratti o obbligazioni. Finanza	• Finanza • Tesoreria	dare esecuzione ad operazioni simulate o artificiose in violazione delle normative disposte dalle autorità di vigilanza. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Introduzione/integrazione di principi, regolamenti e procedure in tema di abusi di mercato, anche mediante riferimento alla casistica riportata dalla Consob nella Comunicazione del novembre 2005. • Prevedere, per le sole società emittenti che non svolgano direttamente attività di intermediazione, la possibilità di avvalersi, per l'esecuzione di operazioni su strumenti finanziari, di intermediari abilitati che attestino di avere adottato adeguate procedure informatiche. • Programma di informazione/ formazione periodica di amministratori, management e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio su normativa in materia di abusi di mercato e relative procedure interne. • Comunicazione sistematica all'OdV, da parte di amministratori, *management* e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio, di fatti e/o comportamenti sintomatici di operazioni di *market*
	Colludere sul mercato secondario dopo un collocamento effettuato nell'ambito di un'offerta al pubblico Comportamento di solito associato alle operazioni che si effettuano sul mercato secondario appena terminano i collocamenti. I soggetti che hanno acquisito strumenti finanziari nel mercato primario acquistano di concerto ulteriori quantitativi sul mercato secondario in modo da spingere il prezzo verso livelli artificiali e da generare l'interesse da parte di altri investitori così da vendere loro i quantitativi che detenevano in portafoglio.	• Finanza • Tesoreria	
	Comprimere in modo abusivo il mercato (abusive squeeze) Questo comportamento prevede che i soggetti che hanno una significativa influenza sulla domanda o sull'offerta o sulla consegna di uno strumento finanziario o di un prodotto sottostante a uno strumento finanziario derivato abusano della posizione dominante in modo da distorcere significativamente il prezzo al quale altri operatori sono obbligati, per l'as-	• Finanza • Tesoreria	

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	solvimento dei loro impegni, a consegnare o ricevere o rinviare la consegna dello strumento finanziario o del prodotto sottostante. (Si deve tenere presente che: 1) la regolare interazione della domanda e dell'offerta può condurre, e spesso conduce, a rigidità nel mercato, ma questo fatto non implica di per sé una manipolazione del mercato; 2) disporre di una significativa influenza sulla domanda o sull'offerta o sulla consegna di uno strumento finanziario o di un prodotto sottostante non costituisce di per sé una manipolazione del mercato.)	• Finanza • Tesoreria	*abuse* e conseguente obbligo dell'OdV di riferire tempestivamente all'organo dirigente e/o di controllo quelle situazioni che in concreto possano integrare un illecito manipolativo, ai fini delle iniziative e dei provvedimenti di rispettiva competenza. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Procedure autorizzative per acquisti e vendite di azioni e strumenti finanziari propri e/o di altre società. • Previsione di apposite sanzioni disciplinari.
	Costituzione di una soglia minima al corso dei prezzi Comportamento di solito posto in essere dalle società emittenti o dai soggetti che le controllano. Si concludono operazioni o si inseriscono ordini in modo tale da evitare che i prezzi di mercato scendano al disotto di un certo livello, principalmente per sottrarsi alle conseguenze negative derivanti dal connesso peggioramento del *rating* degli strumenti finanziari emessi. Tale strategia manipolativa ha, in genere, ad oggetto il titolo ordinario, poiché è il titolo che guida gli altri titoli emessi, e può essere posta in essere (mediante accordi e/o finanziamenti) anche di concerto con altri soggetti del mercato che detengano importanti partecipazioni sul titolo. Ad esempio, ai fini del decreto n. 231, può attuare questo tipo di manipolazione il dipendente di un ente-azionista	• Finanza • Tesoreria	

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	rilevante dell'emittente che, nell'interesse o a vantaggio del primo, costituisce una soglia minima al corso dei prezzi per evitare che gli stessi raggiungano valori che rendono meno conveniente l'esercizio di opzioni sul medesimo titolo ovvero altri strumenti finanziari ad esso collegati. Questo comportamento deve essere tenuto distinto dalla conclusione di operazioni rientranti nei programmi di acquisto di azioni proprie o nella stabilizzazione degli strumenti finanziari previsti dalla normativa.	• Finanza • Tesoreria	
	Operazioni effettuate in un mercato per influenzare impropriamente i prezzi di uno strumento finanziario in un mercato correlato Conclusione di operazioni in un mercato su uno strumento finanziario con la finalità di influenzare impropriamente il prezzo dello stesso strumento finanziario o di altri strumenti finanziari collegati negoziati sullo stesso o su altri mercati. Ad esempio, concludere operazioni su azioni per fissare il prezzo del relativo strumento finanziario derivato negoziato su un altro mercato a livelli anomali, oppure effettuare operazioni sul prodotto sottostante a uno strumento finanziario derivato per alterare il prezzo dei relativi contratti derivati. (Le operazioni di arbitraggio non costituiscono di per sé manipolazione del mercato.)	• Finanza • Tesoreria	

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
OPERAZIONI CHE UTILIZZANO ARTIFIZI, INGANNI O ESPEDIENTI (art. 187-*ter*, co. 3, lett. c), TUF)	**Celare la proprietà (concealing ownership)** Questo comportamento prevede la conclusione di un'operazione o di una serie di operazioni per nascondere quale sia la vera proprietà su uno strumento finanziario, tramite la comunicazione al pubblico - in violazione alle norme che regolano la trasparenza degli assetti proprietari - della proprietà di strumenti finanziari a nome di altri soggetti collusi. La comunicazione al pubblico risulta fuorviante rispetto alla vera proprietà degli strumenti finanziari. (Questo comportamento non riguarda i casi in cui esistono motivi legittimi che consentono l'intestazione degli strumenti finanziari in nome di un soggetto diverso dal proprietario. Inoltre, una scorretta comunicazione di una partecipazione rilevante non implica necessariamente una manipolazione del mercato.) Questa strategia può essere realizzata anche mediante la ripartizione della partecipazione tra diversi soggetti (es. società del gruppo, società collegate), in modo che nessuno di essi superi le soglie che comportano gli obblighi di comunicazione previsti dal TUF. L'emittente o un'azionista rilevante può utilizzare tale condotta manipolativa per evitare di far sapere ad altri azionisti della propria partecipazione, specie in occasione di un'assemblea dei soci chiamata ad esprimersi su scelte organizzative o operazioni strategiche, ovvero per conseguire il controllo della società,	• Componenti degli organi sociali • Finanza • Tesoreria • Legale, societario • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations	• Specifica previsione del Codice Etico che vieti l'adozione di comportamenti a rischio dei reati o illeciti amministrativi considerati e, in particolare, la conclusione di operazioni sul mercato finanziario laddove tali comportamenti siano finalizzati a dare esecuzione ad operazioni simulate o artificiose in violazione delle normative disposte dalle autorità di vigilanza. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Introduzione/integrazione di principi, regolamenti e procedure in tema di abusi di mercato, anche mediante riferimento alla casistica riportata dalla Consob nella Comunicazione del novembre 2005. • Prevedere, per le sole società emittenti che non svolgano direttamente attività di intermediazione, la possibilità di avvalersi, per l'esecuzione di operazioni su strumenti finanziari, di intermediari abilitati che attestino di avere adottato adeguate procedure informatiche. • Programma di informazione/formazione periodica di amministratori, management e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio su normativa in materia di abusi di mercato e relative procedure interne.

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	prevenendo o anticipando l'intervento di soggetti terzi.		• Comunicazione sistematica all'OdV, da parte di amministratori, *management* e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio, di fatti e/o comportamenti sintomatici di operazioni di *market abuse* e conseguente obbligo dell'OdV di riferire tempestivamente all'organo dirigente e/o di controllo quelle situazioni che in concreto possano integrare un illecito manipolativo, ai fini delle iniziative e dei provvedimenti di rispettiva competenza. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Procedure autorizzative per acquisti e vendite di azioni e strumenti finanziari propri e/o di altre società. • Procedure autorizzative per comunicati stampa, informativa al mercato, ecc. • Previsione di apposite sanzioni disciplinari.
	Diffusione di informazioni di mercato false o fuorvianti tramite mezzi di comunicazione, compreso Internet, o tramite qualsiasi altro mezzo Questo comportamento è effettuato con l'intenzione di muovere il prezzo di un titolo, di un contratto derivato o di un'attività sottostante verso una direzione che favorisce la posizione aperta su tali strumenti finanziari o attività o favorisce un'operazione già pianificata dal soggetto che diffonde l'informazione.	• Componenti degli organi sociali • Finanza • Tesoreria • Legale, societario • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations	
	Gonfiare e scaricare (Pump and dump) Questo comportamento consiste nell'aprire una posizione lunga su uno strumento finanziario e quindi nell'effettuare ulteriori acquisti e/o diffondere fuorvianti informazioni positive sullo strumento finanziario in modo da aumentarne il prezzo. Gli altri partecipanti al mercato vengono quindi ingannati dal risultante effetto sul prezzo e sono indotti ad effettuare ulteriori acquisti. Il manipolatore vende così gli strumenti finanziari a prezzi più elevati.	• Finanza • Tesoreria • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations	
	Screditare e incassare (Trash and cash) Questo comportamento è esattamente l'opposto del "*pump and dump*". Un soggetto prende una posizione ribassista su uno strumento finanziario ed effettua un'ulteriore attività di	• Finanza • Tesoreria • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations	

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	vendita e/o diffonde fuorvianti informazioni negative sullo strumento finanziario in modo da ridurne il prezzo. Il manipolatore chiude così la posizione dopo la caduta del prezzo.		
	Aprire una posizione e chiuderla immediatamente dopo che è stata resa nota al pubblico (Opening a position and closing it immediately after its public disclosure) Questo comportamento è di solito posto in essere da grandi investitori o da gestori di patrimoni le cui scelte di investimento sono considerate dagli altri partecipanti al mercato come indicazioni rilevanti per la stima del futuro andamento dei prezzi. Tipicamente la condotta consiste nell'aprire una posizione e, quindi, nel chiuderla immediatamente dopo aver comunicato al pubblico di averla aperta, enfatizzando l'obiettivo di lungo periodo dell'investimento. Comunque, il comunicato al pubblico non assume di per sé alcun connotato manipolativo se è richiesto esplicitamente dalla disciplina o se è dalla stessa permesso".	• Finanza • Tesoreria • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations	
DIFFUSIONE DI INFORMAZIONI FALSE O FUORVIANTI (art. 187-*ter*, co. 1, TUF)	Questo tipo di manipolazione del mercato implica la diffusione di informazioni false o fuorvianti senza richiedere necessariamente la presenza di operazioni sul mercato[46]. Questo tipo di manipolazione del mercato comprende anche i casi in cui la creazione dell'indicazione fuorviante deriva da un mancato rispetto della disciplina in materia di comunicazione di informazioni rilevanti soggette a obblighi di comunicazione da parte dell'emittente o di altri soggetti obbligati (oltre alle ipotesi di diffusione spontanea delle informazioni false o fuorvianti). Per esempio, quando un emittente omette di diffondere adeguatamente un'informazione privilegiata,		

48 Cfr. la lista di eventi e informazioni contenuti nel documento del CESR del luglio 2007 ("Market Abuse Directive. Level 3 – Second Set of CESR Guidance and Information on the Common Operation of the Directive to the Market" – CESR/06-562b, section 1.15) al quale si rinvia per una loro disamina completa.

Fattispecie di reato	Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
come definita dall'articolo 114, comma 1, e il risultato è che il pubblico venga plausibilmente fuorviato. Il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione rileva però solo qualora risulti di particolare gravità (un chiaro indice di gravità è, ad esempio, la sussistenza della volontà di fuorviare il pubblico).		
Diffusione di informazioni false o fuorvianti tramite mezzi di comunicazione Questo comportamento comprende anche l'inserimento di informazioni su Internet o la diffusione di un comunicato stampa che contengono affermazioni false o fuorvianti in merito a strumenti finanziari di un emittente (es. oltre alla classica ipotesi del dipendente dell'emittente che diffonde notizie false o fuorvianti idonee ad incidere sensibilmente sul prezzo degli strumenti finanziari dell'emittente, possono rilevare, a titolo di esempio, anche le dichiarazioni del dipendente di un ente azionista rilevante dell'emittente, relative ad un cospicuo pacchetto azionario che si intenderebbe acquisire o cedere). Il soggetto che diffonde l'informazione è consapevole che essa è falsa o fuorviante e che è diffusa al fine di creare una falsa o fuorviante apparenza. La diffusione di informazioni false o fuorvianti tramite canali ufficiali di comunicazione è particolarmente grave in quanto i partecipanti al mercato tendono a fidarsi delle informazioni diffuse tramite tali canali.	• Componenti degli organi sociali • Finanza • Tesoreria • Legale, societario • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations	• Specifica previsione del Codice Etico che vieti l'adozione di comportamenti a rischio dei reati o illeciti amministrativi considerati tramite la diffusione, anche in sede di adempimento degli obblighi informativi previsti dalla legge, di informazioni false, simulate o comunque non corrette. • Diffusione del Codice Etico nel contesto dell'intera organizzazione aziendale. • Introduzione/integrazione di principi, regolamenti e procedure in tema di abusi di mercato. • Programma di informazione/formazione periodica di amministratori, management e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio su normativa in materia di abusi di mercato e relative procedure interne. • Comunicazione sistematica all'OdV, da parte di amministratori, *management* e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio, di fatti e/o comportamenti sintomatici di operazioni di *market abuse* e conseguente obbligo dell'OdV di riferire tempestivamente all'organo dirigente e/o di controllo quelle situazioni che in concreto possano integrare un illecito manipo-
Altri comportamenti preordinati alla diffusione di informazioni false o fuorvianti Questo tipo di manipolazione del mercato comprende le con-	• Componenti degli organi sociali • Finanza	

Fattispecie di reato		Attività aziendali a rischio[47]	Controlli preventivi
	dotte progettate per fornire indicazioni false o fuorvianti tramite canali diversi dai mezzi di comunicazione di massa. Ad esempio, il movimento fisico di merci che crea un'apparenza fuorviante sulla domanda o sull'offerta di una merce o sulla consegna per un contratto *future* su merci.	• Tesoreria • Commerciale	lativo, ai fini delle iniziative e dei provvedimenti di rispettiva competenza. • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Procedure autorizzative per acquisti e vendite di azioni e strumenti finanziari propri e/o di altre società. • Procedure autorizzative per comunicati stampa, informativa al mercato, ecc. • Previsione di apposite sanzioni disciplinari.

ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

Fattispecie di reato	Eventi e informazioni rilevanti[49]	Aree aziendali a rischio[50]	Controlli preventivi
Un soggetto in posizione apicale o un sottoposto utilizza informazioni di cui è entrato (lecitamente o illecitamente) in possesso per compiere una delle operazioni che caratterizzano il reato di abuso di informazioni privilegiate e, in particolare: • l'acquisto, vendita o altre operazioni, direttamente o indirettamente, su strumen-	• Andamento del *business* operativo • Cambiamenti nel controllo e/o nei patti di controllo • Variazioni nel *management* • Operazioni che coinvolgono il capitale o emissione di strumenti di debito o di strumenti che danno diritto a comprare o sottoscrivere titoli	• Componenti degli organi sociali • Finanza • Tesoreria • Legale, societario • Comunicazione, ufficio stampa • Investor relations • Altri soggetti inseriti nei Re-	• Specifica previsione del Codice Etico che vieti l'utilizzo di informazioni privilegiate e la loro diffusione non autorizzata. • Diffusione del Codice Etico nell'ambito dell'intera organizzazione aziendale. • Introduzione/integrazione di principi, regolamenti e procedure anche eventualmente esistenti, (es. regolamenti sull'*internal dealing*, ecc.) su utilizzo e diffusione delle informazioni

49 Cfr. il documento del CESR del luglio 2007 ("Market Abuse Directive. Level 3 – Second Set of CESR Guidance and Information on the Common Operation of the Directive to the Market" – CESR/06-562b, section 1.15), al quale si rinvia per una disamina completa della casistica.

50 L'elencazione delle aree di rischio contenuta in tabella è da ritenersi puramente esemplificativa e potrebbe, in sede di concreta valutazione, richiedere delle opportune integrazioni. Infatti l'individuazione, all'interno di ciascun contesto aziendale, delle attività e delle relative aree a rischio di illeciti deve considerare anche quei settori d'attività che risultino alle principali funzionalmente collegati.

Fattispecie di reato	Eventi e informazioni rilevanti	Aree aziendali a rischio	Controlli preventivi
ti finanziari emessi dalla società o da società del gruppo; • la comunicazione delle informazioni ad altri soggetti al di fuori dell'ordinario esercizio dell'attività lavorativa; • la raccomandazione ad altri o induzione di altri soggetti ad acquistare, vendere o compiere altre operazioni su strumenti finanziari emessi dalla società o da società del gruppo. • L'abuso di informazioni privilegiate, nella forma di illecito amministrativo, può coinvolgere un novero di soggetti più ampio rispetto alla omologa fattispecie di reato. Infatti, l'abuso viene commesso anche da chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscerne in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato, compie una delle operazioni sopra descritte (art. 187-*bis*, co. 4, TUF). • Pertanto, qualsiasi ente che operi sul mercato quale investitore, anche indipendentemente dal-	• Decisioni in merito alla variazione del capitale sociale • Fusioni, *"split"* e/o *"spin off"* • Acquisti o disposizioni su azioni, attività o rami di azienda • Ristrutturazioni e/o riorganizzazioni aziendali che hanno un effetto sulle attività, sulle passività, sulla posizione finanziaria o sul conto economico • Revoca o cancellazione delle linee di credito da parte del sistema bancario • Contenzioso legale e/o risoluzione di contratti e/o verifica di casi di risoluzione • Insolvenza da parte di debitori rilevanti • Nuove licenze, brevetti e marchi • Nuovi prodotti o processi innovativi • Danni ambientali o difetti nei prodotti • Cambiamenti nei profitti e/o nelle perdite attese • Informazioni sui dividendi (data del pagamento, data dello stacco, cambiamenti nella politica dei dividendi	gistri delle persone che hanno accesso alle informazioni privilegiate	privilegiate e, in particolare, con riguardo a: - la predisposizione dei Registri delle persone che hanno accesso alle informazioni privilegiate; - la riservatezza delle informazioni, da assicurarsi mediante l'adozione di misure di confidenzialità volte a garantire la sicurezza organizzativa, fisica e logica delle informazioni privilegiate. A questo scopo è necessario coordinare gli interventi diretti a garantire la riservatezza delle informazioni privilegiate con le misure di sicurezza già previste e introdotte in azienda in attuazione del D. Lgs. n. 196/2003 (Codice per la protezione dei dati personali). Sarebbe opportuno prevedere uno specifico obbligo del titolare (o del responsabile del trattamento) di riporto - periodico - diretto al Vertice operativo aziendale in ordine alla politica adottata dall'azienda in materia di gestione e di protezione dei flussi informativi; - l'individuazione dei soggetti rilevanti e delle operazioni da essi effettuate anche per interposta persona aventi ad oggetto azioni e stru-

Fattispecie di reato	Eventi e informazioni rilevanti	Aree aziendali a rischio	Controlli preventivi
lo svolgimento di una specifica funzione (es. emittente, intermediario, ecc.), potrebbe incorrere in responsabilità derivante da tale illecito per fatto di un suo dipendente (ad es., qualora l'ente intrattenga stretti rapporti commerciali o comunque strategici con un soggetto emittente e un suo dipendente compia operazioni su strumenti finanziari di quest'ultimo nell'interesse o a vantaggio dell'ente di appartenenza).			menti finanziari ad esse collegati; - la diffusione delle informazioni privilegiate al mercato (procedure autorizzative e di controllo per comunicati stampa, informativa societaria, ecc.); - la comunicazione da parte delle società controllate alla società controllante di informazioni richieste per l'osservanza degli adempimenti di gestione, comunicazione e diffusione delle informazioni privilegiate; - le modalità di condotta da adottare nei rapporti formali ed informali con gli operatori della comunità finanziaria, con i media e con i terzi in genere; • Esistenza di un sistema definito di responsabilità del Vertice aziendale e di deleghe coerenti con esso. • Programma di informazione/formazione periodica di amministratori, management e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio e delle persone inserite nei Registri delle persone che hanno accesso alle informazioni privilegiate su normativa in materia di abusi di mercato e relative procedure interne. • Comunicazione sistematica all'OdV, da parte di am-

Fattispecie di reato	Eventi e informazioni rilevanti	Aree aziendali a rischio	Controlli preventivi
			ministratori, *management* e dipendenti delle aree/funzioni aziendali a rischio, di fatti e/o comportamenti sintomatici di operazioni di *market abuse* e conseguente obbligo dell'OdV di riferire tempestivamente all'organo dirigente e/o di controllo quelle situazioni che in concreto possano integrare un illecito, ai fini delle iniziative e dei provvedimenti di rispettiva competenza. • Previsione di apposite sanzioni disciplinari.

10. CRIMINALITÀ ORGANIZZATA TRANSNAZIONALE

Art. 3 della L. n. 146/2006

(Definizione di reato transnazionale)

1. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

a) sia commesso in più di uno Stato;

b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;

c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;

d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

Art. 4 della L. n. 146/2006

(Circostanza aggravante)

1. Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà.

2. Si applica altresì il comma 2 dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni.

Art. 10 della L. n. 146/2006

(Responsabilità amministrativa degli enti)

1. In relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati previsti dall'articolo 3, si applicano le disposizioni di cui ai commi seguenti.

2. Nel caso di commissione dei delitti previsti dagli articoli 416 e 416-bis del codice penale, dall'articolo 291-quater del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da quattrocento a mille quote.

3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2, si applicano all'ente le san-

zioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non inferiore ad un anno.

4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 2, si applica all'ente la sanzione amministrativa dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

(commi 5 e 6 abrogati dall'art. 64, co. 1, lett. f) del D. Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007)

7. Nel caso di reati concernenti il traffico di migranti, per i delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a mille quote.

8. Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 7 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni.

9. Nel caso di reati concernenti intralcio alla giustizia, per i delitti di cui agli articoli 377-bis e 378 del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquecento quote.

10. Agli illeciti amministrativi previsti dal presente articolo si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Art. 416 del codice penale

(Associazione per delinquere)

Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.

Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.

I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.

Se gli associati scorrono in armi le campagne o le pubbliche vie si applica la reclusione da cinque a quindici anni.

La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.

Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma.

Art. 416-bis del codice penale

(Associazione di tipo mafioso)

Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da sette a dodici anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dieci a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

Art. 291-quater del DPR 23 gennaio 1973, n. 43

(Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri)

Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 291-bis, coloro che promuovono, costituiscono, dirigono, organizzano o finanziano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a otto anni.

Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione da un anno a sei anni.

La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.

Se l'associazione è armata ovvero se ricorrono le circostanze previste dalle lettere d) od e) del comma 2 dell'articolo 291-ter, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo, e da quattro a dieci anni nei casi previsti dal comma 2. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Le pene previste dagli articoli 291-bis, 291-ter e dal presente articolo sono diminuite da un terzo alla metà nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori del reato o per la individuazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

Articolo 74 del DPR 9 ottobre 1990, n. 309

(Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope)

Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 73, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non inferiore a venti anni.

Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni.

La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più o se tra i partecipanti vi sono persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Se l'associazione è armata la pena, nei casi indicati dai commi 1 e 3, non può essere inferiore a ventiquattro anni di reclusione e, nel caso previsto dal comma 2, a dodici anni di reclusione. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

La pena è aumentata se ricorre la circostanza di cui alla lettera e) del comma 1 dell'articolo 80.

Se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'articolo 73, si applicano il primo e il secondo comma dell'articolo 416 del codice penale.

Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti.

Quando in leggi e decreti è richiamato il reato previsto dall'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, abrogato dall'articolo 38, comma 1, della legge 26 giugno 1990, n. 162, il richiamo si intende riferito al presente articolo.

Art. 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286

(Disposizioni contro le immigrazioni clandestine)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque in violazione delle disposizioni del presente testo unico compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non é cittadina o non ha titolo di residenza permanente, é punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona.

2. Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.

3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non é cittadina o non ha titolo di residenza permanente, é punito con la reclusione da quattro a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona.

3-bis. Le pene di cui ai commi 1 e 3 sono aumentate se:
a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;
b) *per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona é stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità;*
c) *per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona é stata sottoposta a trattamento inumano o degradante;*
d) *il fatto é commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti.*

3-ter. Se i fatti di cui al comma 3 sono compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento, la pena detentiva é aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona.

3-quater. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-bis e 3-ter, non possono essere ritenute

equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

3-quinquies. Per i delitti previsti dai commi precedenti le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.

3-sexies. All'articolo 4-bis, primo comma, terzo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, dopo le parole: «609-octies del codice penale» sono inserite le seguenti: «nonché dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

3-septies. In relazione ai procedimenti per i delitti previsti dal comma 3, si applicano le disposizioni dell'art. 10 della legge 11 agosto 2003, n. 228, e successive modificazioni. L'esecuzione delle operazioni é disposta d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere.

4. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 é obbligatorio l'arresto in flagranza ed é disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. Nei medesimi casi si procede comunque con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini.

5. Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, é punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni.

(Omissis)

Art. 377-bis del codice penale

(Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con violenza o minaccia, o con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, induce a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa ha la facoltà di non rispondere, è punito con la reclusione da due a sei anni.

Art. 378 del codice penale

(Favoreggiamento personale)

Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce la pena di morte o l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'autorità, o a sottrarsi alle ricerche di questa, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

Quando il delitto commesso è quello previsto dall'art. 416-bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni.

Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa, ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a lire un milione.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto.

Considerazioni

La legge 16 marzo 2006, n. 146, *"Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001"*, ha esteso la responsabilità amministrativa degli enti ai reati di c.d. criminalità organizzata transnazionale.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, ratificata dalla legge n. 146 del 16 marzo 2006, si prefigge lo scopo di promuovere la cooperazione tra Stati al fine di prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace.

La menzionata Convenzione richiede che ogni Stato parte della stessa adotti le misure necessarie, conformemente ai suoi principi giuridici, per determinare la responsabilità delle persone giuridiche che partecipano a reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato.

La Convenzione ha lo scopo di armonizzare gli ordinamenti interni di tutti i paesi affinché si possa affermare con certezza che un reato resti tale in qualsiasi paese.

Gli impegni che i paesi di tutto il mondo devono assumere possono essere così sintetizzati:

- incriminare nelle legislazioni nazionali i reati di partecipazione ad associazione criminale, riciclaggio di denaro sporco, corruzione e intralcio alla giustizia;
- stabilire la responsabilità degli enti e delle società per i fatti di reato indicati dal trattato;
- adottare misure contro il riciclaggio di denaro sporco e i proventi delle attività criminali;

- proteggere coloro che testimoniano contro il crimine organizzato;
- rafforzare la cooperazione in ordine al trasferimento di giudizi, all'estradizione, al sequestro e alla confisca dei beni provenienti da reato o profitto del reato per rintracciare e giudicare gli indiziati;
- incentivare la prevenzione della criminalità organizzata a livello nazionale e internazionale;
- fornire le necessarie risorse finanziarie a quei Paesi che richiedono assistenza per combattere congiuntamente la criminalità organizzata transnazionale.

L'art. 3 della legge n. 146 del 2006 definisce cosa debba intendersi per reato transnazionale al fine di individuare l'ambito di applicazione della normativa in esame.

In particolare, si considera reato transnazionale *"il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:*

- *sia commesso in più di uno Stato;*
- *ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;*
- *ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;*
- *ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato."*

Per "gruppo criminale organizzato", ai sensi della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, si intende *"un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale".*

In linea generale, nell'ambito della più ampia definizione di reati di criminalità transnazionale e con riferimento ai reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente ex D. Lgs. n. 231/2001, vengono in considerazione, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 146 del 2006, le fattispecie delittuose concernenti i reati di associazione, i reati di traffico di migranti e di intralcio alla giustizia, a condizione che tali condotte delittuose siano state commesse, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da soggetti che rivestono al suo interno un ruolo apicale o subordinato.

Nella sua formulazione originaria l'art. 10, commi 5 e 6, L. n. 146/2006, prevedeva l'estensione dell'ambito di applicazione del decreto 231 anche ai reati di riciclaggio e impiego di capitali di provenienza illecita se compiuti in ambito transnazionale. Con l'approvazione del decreto legislativo n. 231/2007, che ha disposto l'abrogazione di tali commi, la responsabilità amministrativa degli enti è stata estesa ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di capitali di provenienza illecita indipendentemente dalla presenza o meno del requisito della transanzionalità (v. *infra* Scheda 12).

La legge di lotta al crimine organizzato transnazionale, con una clausola generale di chiusura (art. 10, co. 10), dispone l'applicabilità di tutte le disposizioni di cui al D. Lgs. n. 231/2001 ai nuovi illeciti amministrativi imputabili all'ente.

Reati di associazione

Associazione per delinquere (art. 416 c.p.); associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.); associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del T.U. di cui al d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43); associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del T.U. di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

- **Associazione per delinquere (art. 416 c.p.)**
  La fattispecie di delitto in esame si realizza in presenza di un'associazione di tre o più persone allo scopo di commettere più delitti. In particolare, l'art. 416 c.p. punisce coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione. Anche il solo fatto di partecipare all'associazione costituisce reato.
  La rilevanza penale delle condotte descritte dalla norma in esame appare necessariamente condizionata all'effettiva costituzione dell'associazione criminosa. Tale conclusione emerge dall'analisi dell'art. 416, primo comma, c.p. Questa disposizione infatti, ancor prima di richiamare le singole condotte di promozione, costituzione, direzione, organizzazione, ovvero di semplice partecipazione, ne subordina, già in anticipo, la punibilità al momento in cui "tre o più persone" si siano effettivamente "associate" per commettere più delitti.
  Il delitto di associazione per delinquere è reato plurisoggettivo, nella cui formulazione il pericolo non è elemento costitutivo del reato stesso, bensì è la *ratio* giustificativa della norma incriminatrice. Da ciò discende l'autonomia della incriminazione rispetto ai reati successivamente ed eventualmente commessi in attuazione del *pactum sceleris* i quali, in tal caso, concorrono con il delitto sopra menzionato ma che, se non perpetrati, lasciano sussistere il delitto previsto dall'art. 416 c.p.
  Nella norma contenuta nell'art. 416 c.p. relativa alla commissione di "più delitti" l'accordo criminoso risulta diretto all'attuazione di un vasto programma criminoso per la commissione di una serie indeterminata di delitti. Pertanto, tale disposizione non reca una nozione definitoria dell'associazione che intende reprimere ma rimanda all'interprete per l'individuazione del concetto.

- **Associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.)**
  L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza intimidatrice del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e ser-

vizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.
Il reato in esame si caratterizza da un lato per l'utilizzazione, da parte degli associati, della forza intimidatrice, che costituisce uno dei connotati tipici del comportamento mafioso e, dal lato passivo, per la condizione di assoggettamento e omertà provocati dallo sfruttamento della forza intimidatrice, che costituiscono l'effetto e la conseguenza per il singolo sia all'esterno che all'interno dell'associazione.
Per i delitti associativi di cui agli artt. 416 e 416 *bis* c.p., l'art. 10 della legge di ratifica dispone che all'ente si applichi la sanzione amministrativa pecuniaria da quattrocento a mille quote e, nei casi di condanna, le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, co. 2, D. Lgs. 231/2001 (per una durata non inferiore ad un anno).
Qualora, poi, l'ente o una sua unità organizzativa venga stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di uno dei reati associativi sopra elencati, l'ente sarà sottoposto alla sanzione amministrativa dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, co. 3, D. Lgs. n. 231/2001.

Attività aziendali a rischio con riferimento ai reati associativi

Le attività aziendali da prendere in considerazione ai fini della prevenzione di tali reati possono suddividersi in due macrocategorie:

- Attività infragruppo, intendendosi per tali le attività poste in essere nell'ambito dei rapporti intercorrenti fra società appartenenti allo stesso gruppo ma aventi sede in Stati diversi.
- Attività con soggetti terzi, intendendosi per tali le attività relative ai rapporti instaurati tra società aventi sedi in Italia e soggetti terzi stranieri o con sede all'estero. In tale ambito, si segnala in particolare il rischio controparte, che trova ragione di esistere ogni qual volta si instauri un rapporto di natura commerciale e/o finanziaria con soggetti c.d. "a rischio". Per controparti a rischio devono intendersi quei soggetti indicati nelle c.d. Liste collegate al contrasto finanziario al terrorismo internazionale. Le liste ufficiali sono quelle curate dall'Ufficio Italiano Cambi. Tale compito è stato affidato all'UIC dal d.l. 369 del 12 ottobre del 2001, convertito in legge n. 431 del 14 dicembre 2001. L'attività di contrasto al terrorismo sul piano finanziario prevede l'obbligo, imposto dai Regolamenti dell'Unione Europea, di congelare capitali, attività economiche e risorse finanziarie di persone o entità, collegate al terrorismo internazionale e incluse nelle liste allegate ai Regolamenti stessi, nonchè il divieto di mettere direttamente o indirettamente a disposizione di costoro altre attività finanziarie e risorse economiche. Le Liste sopra descritte sono costantemente aggiornate, accessibili dal sito ufficiale dell'Unione Europea e comprendono i destinatari delle misure restrittive adottate a livello comunitario.

Attività infragruppo

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi specifici (protocolli) e principali attività dell'Organismo di vigilanza
Contratti infragruppo di acquisto e/o di vendita. Gestione dei flussi finanziari. Investimenti infragruppo. Designazione dei membri degli organi sociali in società estere da parte della capogruppo.	• Adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs. n. 231/2001 da parte delle società estere del Gruppo. • Applicazione dei controlli preventivi specifici (protocolli) previsti anche in riferimento ai reati nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, ai reati societari e ai reati di *market abuse*. • Verifica preventiva dell'inesistenza di vincoli di parentela o affinità tra gli esponenti della società nominati negli organi sociali di controllate estere e gli esponenti della pubblica amministrazione locale e/o fornitori, clienti o terzi contraenti della società medesima.

Attività con rischio controparte

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi specifici (protocolli) e principali attività dell'Organismo di vigilanza
Contratti di acquisto e/o di vendita con controparti estere. Transazioni finanziarie con controparti estere. Investimenti con controparti estere.	• Verifica della presenza nelle Liste dell'UIF delle controparti estere. • Verifica dei requisiti di onorabilità e professionalità dei partner commerciali/finanziari. • Controlli formali e sostanziali dei flussi finanziari aziendali. • Determinazione dei requisiti minimi in possesso dei soggetti offerenti e fissazione dei criteri di valutazione delle offerte nei contratti standard. • Identificazione di una funzione responsabile della definizione delle specifiche tecniche e della valutazione delle offerte nei contratti standard. • Identificazione di un organo/unità responsabile dell'esecuzione del contratto, con indicazione di compiti, ruoli e responsabilità. • Verifica di onorabilità e professionalità dei fornitori di beni e/o servizi da inserire in appositi albi. • Determinazione dei criteri di selezione, stipulazione ed esecuzione di accordi/joint-venture con altre imprese estere per la realizzazione di investimenti. • Trasparenza e tracciabilità degli accordi/*joint-venture* con altre imprese estere per la realizzazione di investimenti.

Reati concernenti il traffico di migranti

- Fattispecie di immigrazione clandestina previste dall'art. 12 del testo unico in materia di disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero di cui al D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche.

  L'art. 12 del Testo Unico di cui al D. Lgs. 286/98 prevede anzitutto la fattispecie, nota come favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, consistente nel fatto di chi "in violazione delle disposizioni del presente testo unico compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero". La seconda fattispecie, nota come favoreggiamento dell'emigrazione clandestina, consiste nel fatto di chi *"compie (...) atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente"*.

  Con riferimento ai reati concernenti il traffico di migranti, la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile all'ente varia da duecento a mille quote, mentre le sanzioni interdittive previste nei casi di condanna sono quelle di cui all'art. 9, co. 2, del D. Lgs. n. 231/2001 sopra descritte, per una durata non superiore a due anni.

ATTIVITÀ AZIENDALI A RISCHIO	CONTROLLI PREVENTIVI SPECIFICI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
Attività aziendali che prevedono l'ingresso di una persona nel territorio di uno Stato.	• Verifica nelle Liste dell'UIC di persone prima dell'ingresso. - Formalizzazione delle decisioni inerenti all'ingresso di un soggetto nel territorio di uno Stato. - Specifica previsione di una procedura aziendale che preveda il rispetto della normativa nel territorio dello stato di destinazione.

Reati di intralcio alla giustizia

- **Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-*bis* c.p.)**

  L'art. 377-*bis* c.p. sanziona le condotte poste in essere da chiunque, facendo ricorso ai mezzi della violenza, della minaccia o della "offerta o promessa di denaro o di altra utilità", induca a non rendere dichiarazioni, ovvero a renderle mendaci, tutti coloro che sono chiamati a rendere, davanti alla autorità giudiziaria, dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, nel caso in cui abbiano facoltà di non rispondere.

  Le condotte induttive individuabili nella struttura del delitto di cui all'art. 377-*bis* c.p. devono realizzarsi attraverso mezzi tassativamente delineati dalla norma incriminatrice e dunque consistere in una violenza, una minaccia, ovvero un'offerta o promessa di denaro o di altra utilità.

La scelta di reprimere penalmente condotte illecite direttamente o indirettamente finalizzate a inquinare il corretto svolgimento del contraddittorio e la genuinità dei suoi risultati probatori risulta porsi in un'ottica di adeguamento della disciplina interna concernente i delitti contro l'amministrazione della giustizia alle fondamentali indicazioni di principio espresse a livello internazionale, così come stabilito nell'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.

- **Favoreggiamento personale (art. 378 c.p.)**

  L'art. 378 c.p. reprime la condotta di chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa.

  La sussistenza del favoreggiamento personale è ipotizzabile anche quando l'autorità sia a conoscenza della verità dei fatti e abbia già conseguito la prova dell'effettiva partecipazione al delitto della persona aiutata, non essendo richiesto che la condotta favoreggiatrice abbia effettivamente conseguito l'intento di eludere le investigazioni dell'autorità o di sottrarre l'accusato alle ricerche della stessa.

  Ai fini della consumazione del reato, è comunque necessario che la condotta tenuta dal favoreggiatore sia potenzialmente lesiva delle investigazioni delle autorità, entrando nella sfera di percezione dell'organo investigativo; in mancanza di tale peculiarità, il fatto non potrà che configurare gli estremi del delitto tentato qualora il mezzo adoperato sia in sé idoneo a concretizzare l'aiuto diretto a eludere le investigazioni, ma tale aiuto non si realizza per cause indipendenti dalla volontà del soggetto attivo.

  Il reato di favoreggiamento può realizzarsi anche attraverso una condotta omissiva a condizione che questa costituisca violazione di un obbligo giuridico di attivarsi. Nel suddetto ambito rientra, quindi, anche il comportamento di chi volutamente si astiene dal fornire nel corso delle indagini notizie essenziali per la ricostruzione di un fatto e per la individuazione del responsabile, perché, così facendo, determina una lesione dell'interesse protetto dall'art. 378 c.p., in quanto è dovere del cittadino riferire alla autorità investigatrice ciò che egli conosce su reati o fatti che interessino la polizia giudiziaria e che abbiano rilevanza in ordine alla prova o identificazione del reo.

  Per quanto riguarda i reati di intralcio alla giustizia, all'ente si applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquecento quote. Non sono invece previste, per questa fattispecie di reato, sanzioni interdittive.

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi specifici (protocolli) e principali attività dell'organismo di vigilanza
Rapporti con soggetti coinvolti in procedimenti giudiziari.	• Identificazione di una funzione aziendale destinataria di eventuali segnalazioni da parte del soggetto che ha acquisito la notizia o la notifica dell'indagine.

Di seguito, si segnalano i controllo preventivi di carattere generale, applicabili a tutte le attività aziendali a rischio sopra descritte:

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi specifici (protocolli) e principali attività dell'organismo di vigilanza
• Contratti infragruppo di acquisto e/o di vendita. • Gestione dei flussi finanziari. • Investimenti infragruppo. • Designazione dei membri degli organi sociali in società estere da parte della capogruppo. • Contratti di acquisto e/o di vendita con controparti estere. • Transazioni finanziarie con controparti estere. • Investimenti con controparti estere. • Attività aziendali che prevedono l'ingresso di una persona nel territorio di uno Stato. • Rapporti con soggetti coinvolti in procedimenti giudiziari.	• Specifica previsione del Codice etico. • Diffusione del Codice Etico nell'ambito dell'intera organizzazione aziendale. • Applicazione del principio di separazione di ruoli e responsabilità nelle vari fasi dei processi aziendali. • Esistenza di deleghe e procure. • Normative aziendali di riferimento. • Tracciabilità della documentazione aziendale. • Programma di formazione del management aziendale. • Previsione di apposito sistema sanzionatorio interno aziendale.

11. OMICIDIO COLPOSO E LESIONI COLPOSE GRAVI O GRAVISSIME COMMESSI CON VIOLAZIONE DELLE NORME ANTINFORTUNISTICHE E SULLA TUTELA DELL'IGIENE E DELLA SALUTE SUL LAVORO

Art. 589 codice penale

(Omicidio colposo)

Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a cinque anni.

Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni dodici.

Art. 590 codice penale

(Lesioni personali colpose)

Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309.

Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239.

Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni.

Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale.

Considerazioni

L'art. 9 della Legge n. 123/2007 ha introdotto nel D. Lgs. n. 231/2001 l'art. 25-septies, che estende la responsabilità amministrativa degli enti ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

L'intervento normativo è particolarmente rilevante perché per la prima volta viene prevista la responsabilità degli enti per reati di natura colposa.

Tale circostanza impone un coordinamento con l'art. 5 del decreto, che definisce il criterio oggettivo di imputazione della responsabilità dell'ente, subordinandola all'esistenza di un *interesse* o *vantaggio* per l'ente.

Il criterio dell'"interesse" risulta tuttavia incompatibile con i reati di natura colposa, proprio perché non è configurabile rispetto a essi una finalizzazione soggettiva dell'azione. Pertanto, nelle ipotesi di commissione dei reati contemplati dall'art. 25-septies, la responsabilità prevista dal D. Lgs. n. 231/2001 è configurabile solo se dal fatto illecito ne sia derivato un vantaggio per l'ente, che, nel caso di specie, potrebbe essere rinvenuto in un risparmio di costi o di tempi.

Altro profilo di incompatibilità risiede nel mancato coordinamento della nuova normativa con l'esimente di cui all'art. 6 del decreto, nella parte in cui richiede la prova della elusione fraudolenta del modello organizzativo, sicuramente incompatibile con una condotta colposa. A tal proposito, l'*impasse* si potrebbe superare facendo ricorso ad una interpretazione che, tenendo conto del diritto di difesa e del principio di uguaglianza, permetta di prescindere da tale prova o, quantomeno di disancorare il concetto di "elusione fraudolenta" dalle tipiche fattispecie proprie del Codice Penale e di assumerlo in termini di intenzionalità della sola condotta dell'autore (e non anche dell'evento) in violazione delle procedure e delle disposizioni interne predisposte e puntualmente implementate dall'azienda per prevenire la commissione degli illeciti di cui si tratta o anche soltanto di condotte a tali effetti "pericolose" (sul punto cfr. il Cap. I, par. 2, delle presenti Linee Guida).

Questa interpretazione si fonda sui seguenti presupposti.

a) Le condotte penalmente rilevanti consistono nel fatto, da chiunque commesso, di cagionare la morte o lesioni gravi/gravissime al lavoratore, per effetto dell'inosservanza di norme antinfortunistiche.

b) In linea teorica, soggetto attivo dei reati può essere chiunque sia tenuto ad osservare o far osservare la norme di prevenzione e protezione. Tale soggetto può quindi individuarsi, ai sensi del D. Lgs. n. 626/1994, nei datori di lavoro, nei dirigenti, nei preposti, nei soggetti destinatari di deleghe di funzioni attinenti alla materia della salute e sicurezza sul lavoro, nonché nei medesimi lavoratori.

c) Nella previsione del codice penale, le fattispecie delittuose contemplate dagli artt. 589 e 590 sono caratterizzate dall'aggravante della negligente inosservanza delle norme antinfortunistiche. L'elemento soggettivo, dunque, consiste nella c.d. colpa specifica, ossia nella volontaria inosservanza di norme precauzionali volte a impedire gli eventi dannosi previsti dalla norma incriminatrice.

d) Il concetto di colpa specifica rimanda all'art. 43 c.p., nella parte in cui si prevede che il delitto è colposo quando l'evento, anche se preveduto ma in ogni caso non voluto dall'agente, si verifica a causa dell'inosservanza di norme di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

e) L'individuazione degli obblighi di protezione dei lavoratori è tutt'altro che agevole, infatti oltre alle D. Lgs. n. 626/1994 e agli altri specifici atti normativi in materia, la giurisprudenza della Cassazione ha precisato che tra le norme antinfortunistiche di cui agli artt. 589, co. 2, e 590, co. 3, c.p., rientra anche l'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro di adottare tutte quelle misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori.

   Bisogna specificare però che tale norma non può intendersi come prescrivente l'obbligo generale ed assoluto di rispettare ogni cautela possibile ed "innominata" ad evitare qualsivoglia danno, perché in tal modo significherebbe ritenere automatica la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che il danno si sia verificato (Cass. civ., sez. lav., n. 3740/ 1995).

   Prediligendo, inoltre, un approccio interpretativo sistematico che valuti il rapporto di interazione tra norma generale (art. 2087 c.c.) e singole specifiche norme di legislazione antinfortunistica (D. Lgs. n. 626/94), appare coerente concludere che:

   - l'art. 2087 c.c. introduce l'obbligo generale contrattuale per il datore di lavoro di garantire la massima sicurezza tecnica, organizzativa e procedurale possibile;
   - conseguentemente l'elemento essenziale ed unificante delle varie e possibili forme di responsabilità del datore di lavoro, anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 25-*septies* del D. Lgs. n. 231/2001, è uno solo ed è rappresentato dalla mancata adozione di tutte le misure di sicurezza e prevenzione tecnicamente possibili e concretamente attuabili (come specificato dall'art. 3, comma1, lett. *b)*, del D. Lgs. n. 626/1994), alla luce dell'esperienza e delle più avanzate conoscenze tecnico-scientifiche.

f) A specificare ulteriormente il generico dettato legislativo, può giovare la sentenza della Corte Costituzionale n. 312 del 18 luglio 1996 secondo cui l'obbligo generale di massima sicurezza possibile deve fare riferimento alle misure che nei diversi settori e nelle diverse lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata è solo la deviazione del datore di lavoro dagli standard di sicurezza propri, in concreto ed al momento, delle singole diverse attività produttive.

g) Il novero degli obblighi in materia antinfortunistica si accresce ulteriormente ove si consideri che secondo la migliore dottrina e la più recente giurisprudenza l'obbligo di sicurezza in capo al datore di lavoro non può intendersi in maniera esclusivamente statica quale obbligo di adottare le misure di prevenzione e sicurezza nei termini sopra esposti (forme di protezione oggettiva) ma deve al contrario intendersi anche in maniera dinamica implicando l'obbligo di informare e formare i lavoratori sui rischi propri dell'attività lavorativa e sulle misure idonee per evitare i rischi o ridurli al minimo (forme di protezione soggettiva).

h) Il datore di lavoro che abbia, secondo i criteri sopra esposti, adempiuto agli obblighi in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro (sia generali *ex* art. 2087 c.c. che speciali ex D. Lgs. n. 626/1994), è responsabile del solo evento di danno che si sia verificato in occasione dell'attività di lavoro e abbia un nesso di derivazione effettiva con lo svolgimento dell'attività lavorativa. La giurisprudenza prevede infatti una interruzione del nesso di causalità tra la condotta dell'agente e l'evento lesivo ogni qual volta la condotta del lavoratore sia da considerare abnorme, ossia strana e imprevedibile e perciò stesso si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro. Conseguentemente rimangono fuori dall'ambito di rilevanza normativa (ai fini della responsabilità civile e penale) gli infortuni derivanti dalla sussistenza del cd. rischio elettivo ossia il rischio diverso da quello a cui il lavoratore sarebbe ordinariamente esposto per esigenze lavorative ed abnorme ed esorbitante rispetto al procedimento di lavoro e che il lavoratore affronta per libera scelta con atto volontario puramente arbitrario per soddisfare esigenze meramente personali.

Il quadro sopra esposto, sia pure in termini di estrema sintesi, riferito alla complessità dei presupposti formali e sostanziali della responsabilità del datore di lavoro per violazione di norme antinfortunistiche, consente di concludere che di fatto, con l'entrata in vigore della L. n.123/2007, ogni azienda che registri una consistente frequenza di infortuni gravi, dovrebbe considerare inaccettabile il "rischio" di incorrere, oltre che nelle responsabilità di matrice civile e penale tipiche della materia, anche nelle ulteriori sanzioni del D. Lgs. n. 231/2001, per il fatto di non aver predisposto ed efficacemente attuato un idoneo Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo.

Con riferimento ai profili di rilevanza *ex lege* n. 123/2007, il Modello Organizzativo, per essere efficacemente attuato, potrà utilmente essere integrato con il "sistema" degli adempimenti aziendali nascenti dagli obblighi di prevenzione e protezione imposti dall'ordinamento legislativo (v. sopra) e, qualora presenti, con le procedure interne nascenti dalle esigenze di gestione della sicurezza sul lavoro.

Da qui l'opportunità che l'azienda ponga in essere azioni mirate volte garantire la suddetta integrazione (anche in vista della successiva eventuale verifica da parte del Giudice) ed in particolare:

- effettuazione di una mappatura del rischio approfondita e orientata secondo le specificità dell'attività produttiva presa in considerazione;
- attenta verifica ed eventuale integrazione delle procedure interne di prevenzione ai sensi dei principi ex D. Lgs. n. 231/2001 in coerenza con la specificità dei rischi di violazione delle norme richiamate dall'art. 25-*septies* del D. Lgs. n. 231/2001; a tal fine sarà importante tenere conto di tutte le attività già svolte, anche in materia di gestione della sicurezza, armonizzandole anche ai fini dell'allineamento a quanto previsto dal D. Lgs. n. 231/2001, evitando inutili quanto costose duplicazioni;
- valutazione ed individuazione dei raccordi tra i vari soggetti coinvolti nel sistema di controllo ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 e delle normative speciali in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, con particolare riferimento alla previsione di un sistema integrato di controllo riguardante il Responsabile dei servizi di prevenzione e protezione (RSPP o altro soggetto giuridicamente equivalente) qualificabile come controllo tecnico-operativo o di primo grado, e l'Organismo di Vigilanza incaricato del controllo sulla efficienza ed efficacia delle procedure rilevanti ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 o di secondo grado.

12. RICETTAZIONE, RICICLAGGIO E IMPIEGO DI DENARO, BENI O UTILITÀ DI PROVENIENZA ILLECITA

Art. 648 del codice penale

(Ricettazione)

Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da euro 516 a euro 10.329.

La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 516, se il fatto è di particolare tenuità.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto.

Art. 648-*bis* del codice penale

(Riciclaggio)

Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita le pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.

Art. 648-*ter* del codice penale

(Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita)

Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648-bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo 648. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.

Considerazioni

Con il D. Lgs. n. 231 del 21 novembre 2007 - in vigore dal 29 dicembre 2007 - il legislatore ha dato attuazione alla direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (c.d. III direttiva antiriciclaggio), e alla direttiva 2006/70/CE della Commissione che ne reca misure di esecuzione.

L'intervento normativo comporta un riordino della complessa normativa antiriciclaggio presente nel nostro ordinamento giuridico. In particolare, l'art. 64 prevede l'abrogazione del Capo I del d.l. n. 143/1991 (convertito in l. n. 197/1991), ad eccezione degli artt. 5, commi 14 e 15, 10 e 13, che ha dato attuazione alla I direttiva antiriciclaggio (1991/308/CE), nonché l'integrale abrogazione del D. Lgs. n. 56/2004, che ha dato attuazione alla II direttiva antiriciclaggio (2001/97/CE). Per quanto riguarda il coordinamento tra il D. Lgs. 231/2007 e i precedenti provvedimenti in materia di antiriciclaggio[51], si rinvia alle precisazioni contenute nella nota emanata in data 19 dicembre 2007 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, d'intesa con la Banca d'Italia, l'Ufficio Italiano dei Cambi e la Guardia di Finanza.

L'art. 63, co. 3, introduce nel decreto n. 231/2001 un nuovo art. 25-*octies,* che estende la responsabilità amministrativa degli enti ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita - artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale - con la previsione di una sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote, che diviene da 400 a 1000 quote nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengano da delitto (cd. "principale") per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni. La nuova disposizione prevede, altresì, nel caso di condanna dell'ente, l'applicabilità delle sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, co. 2, per una durata non superiore a due anni.

L'art. 64, co. 1, lett. *f)*, inoltre, abroga i commi 5 e 6 dell'art. 10 della l. n. 146/2006, di contrasto al crimine organizzato transnazionale, che già prevedevano a carico dell'ente la responsabilità e le sanzioni *ex* 231 per i reati di riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di

51 Tra i precedenti provvedimenti in questa materia si segnalano, in particolare:
- i decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze nn. 141 - integrato dal D.M. n. 60 del 10 aprile 2007 - 142 e 143 del 3 febbraio 2006;
- i tre provvedimenti UIC del 24 febbraio 2006;
- le indicazioni operative della Banca d'Italia per la segnalazione delle operazioni sospette (c.d. Decalogo) del 12 gennaio 2001;
- le istruzioni UIC per la produzione delle segnalazioni di operazioni da parte degli intermediari finanziari e creditizi del 22 agosto 1997 (modificate dalla circolare del 27 febbraio 2006).

provenienza illecita (artt. 648-*bis* e 648-*ter* c.p.), se caratterizzati dagli elementi della transnazionalità, secondo la definizione contenuta nell'art. 3 della stessa legge 146/2006.

Ne consegue che ai sensi dell'art. 25-*octies*, D. Lgs. n. 231/2001, l'ente sarà ora punibile per i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di capitali illeciti, anche se compiuti in ambito prettamente "nazionale", sempre che ne derivi un *interesse* o *vantaggio* per l'ente medesimo.

La finalità del decreto n. 231/2007 consiste nella protezione del sistema finanziario dal suo utilizzo a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Tale tutela viene attuata con la tecnica della prevenzione per mezzo di apposite misure e obblighi di comportamento per una vasta platea di soggetti - individuati agli artt. 10, co. 2, 11, 12, 13 e 14 del decreto - che comprende, oltre alle banche e agli intermediari finanziari, anche gli altri soggetti a cui erano già stati estesi gli obblighi antiriciclaggio dal D. Lgs. n. 56/04: professionisti; revisori contabili; altri soggetti.

Nell'ambito di tale ultima categoria rientrano, in generale, gli operatori che svolgono attività il cui esercizio è subordinato a licenze, autorizzazioni, iscrizioni in albi/registri o dichiarazioni di inizio attività richieste da norme di legge (es. recupero crediti per conto terzi, custodia e trasporto di denaro contante, di titoli o valori con o senza l'impiego di guardie giurate, agenzie di affari in mediazione immobiliare, case da gioco, commercio di oro per finalità industriali o di investimento, fabbricazione, mediazione e commercio di oggetti preziosi, fabbricazione di oggetti preziosi da parte di imprese artigiane, commercio di cose antiche, esercizio di case d'asta o galleria d'arte, ecc.). Nei loro confronti trovano applicazione sia gli obblighi di cui al citato decreto n. 231/2007, nel rispetto di limiti, modalità e casi specificamente indicati dallo stesso decreto, sia le specifiche disposizioni e istruzioni applicative, in materia di identificazione/registrazione/conservazione delle informazioni/segnalazione delle operazioni sospette, dettate a carico degli operatori c.d. "non finanziari" dal decreto del MEF n. 143 del 3 febbraio 2006 e dal provvedimento UIC del 24 febbraio 2006, cui si rinvia per approfondimenti.

L'inadempimento a siffatti obblighi viene sanzionato dal decreto con la previsione di illeciti amministrativi e di reati penali cd. "reati-ostacolo", tendenti a impedire che la progressione criminosa giunga alla realizzazione delle condotte integranti ricettazione, riciclaggio o impiego di capitali illeciti.

A tal proposito, merita di essere considerato l'art. 52 del decreto che obbliga i diversi organi di controllo di gestione, tra cui l'OdV, esistenti negli enti destinatari della disciplina a vigilare sull'osservanza della normativa antiriciclaggio e a comunicare le violazioni delle relative disposizioni di cui vengano a conoscenza *nell'esercizio dei propri compiti* o di cui abbiano altrimenti notizia. Tali obblighi di comunicazione riguardano in particolar modo le possibili infrazioni relative alle operazioni di registrazione, segnalazione e ai limiti all'uso di strumenti

di pagamento e di deposito (contante, titoli al portatore, conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazioni fittizie) e sono destinati ad avere effetto sia verso l'interno dell'ente (titolare dell'attività o legale rappresentante) che verso l'esterno (autorità di vigilanza di settore, Ministero Economia e Finanze, Unità di Informazione Finanziaria presso la Banca d'Italia).

La lettera della norma potrebbe far ritenere sussistente in capo a tutti i suddetti organi una posizione di garanzia *ex* art. 40, co. 2, c.p. finalizzata all'impedimento dei reati di cui agli artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.

Una corretta e coerente interpretazione dovrebbe invece tenere in debito conto i differenti poteri/doveri assegnati ai diversi organi di controllo, sia dalla normativa in questione che dalle disposizioni generali dell'ordinamento (*in primis,* il codice civile). Mentre per alcuni dei suddetti organi di controllo sembrerebbe sussistere una tale posizione di garanzia - si pensi al collegio sindacale - sulla base delle disposizioni civilistiche (cfr. art. 2403 c.c.), con specifico riferimento all'OdV una simile responsabilità appare del tutto incompatibile con la natura dei poteri/doveri ad esso originariamente attribuiti dalla legge (sul punto, si veda il par. 5, cap. III della Parte generale).

Pertanto, dovrebbe prevalere un'interpretazione sistematica della norma che limiti il dovere di vigilanza di cui al co. 1 dell'art. 52 e le relative responsabilità all'adempimento degli obblighi informativi previsti dal co. 2 della medesima disposizione.

In altri termini, l'adempimento dei doveri di informazione a fini di antiriciclaggio deve essere commisurato ai concreti poteri di vigilanza spettanti a ciascuno degli organi di controllo contemplati dal comma 1 dell'art. 52, nell'ambito dell'ente di appartenenza che sia destinatario della normativa.

Ne deriva che il dovere di informativa dell'OdV non può che essere parametrato alla funzione, prevista dall'art. 6, co. 1, lett. *b)* del decreto 231, di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e, con specifico riferimento all'antiriciclaggio, di comunicare quelle violazioni di cui venga a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni o nelle ipotesi in cui ne abbia comunque notizia (es. su segnalazione di dipendenti o altri organi dell'ente). Tale ultima previsione risulta, d'altra parte, coerente con gli obblighi di informazione stabiliti dalla legge nei confronti dell'Organismo medesimo allo scopo di migliorare l'attività di pianificazione dei controlli e di vigilanza sul modello da parte di quest'ultimo (art. 6, co. 2, lett. d); sul punto v. anche par. 3, cap. III, Parte generale).

Tale chiave di lettura, senza riconoscere una posizione di garanzia, in assenza di effettivi poteri impeditivi dell'OdV rispetto alle fattispecie di reato in esame, viene completata dalla sanzione penale della reclusione fino a 1 anno e della multa da 100 a 1000 euro in caso di mancato adempimento dei suddetti obblighi informativi (art. 55, co. 5).

Vale la pena sottolineare che quello in esame è l'unico caso in cui il legislatore abbia espressamente disciplinato una specifica fattispecie di reato a carico dell'OdV (reato omissivo proprio), peraltro a seguito del riconoscimento di una *atipica* attività a rilevanza esterna dello stesso.

La responsabilità amministrativa dell'ente per i reati previsti dagli art. 648, 648-*bis* e 648-*ter*, c.p. è limitata alle ipotesi in cui il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo.

Considerato che le fattispecie delittuose in questione possono essere realizzate da chiunque (c.d. reati comuni), si dovrebbe ritenere che la ricorrenza del requisito oggettivo dell'interesse o vantaggio vada escluso ogni qual volta non vi sia attinenza tra la condotta incriminata e l'attività d'impresa esercitata dall'ente.

Tale attinenza, ad esempio, potrebbe ravvisarsi nell'ipotesi di acquisto di beni produttivi provenienti da un delitto di furto, ovvero nel caso di utilizzazione di capitali illeciti per l'aggiudicazione di un appalto, ecc. Viceversa, non è ravvisabile l'interesse o il vantaggio per l'ente nell'ipotesi in cui l'apicale o il dipendente acquistino beni che non abbiano alcun legame con l'esercizio dell'impresa in cui operano. Lo stesso può dirsi per l'impiego di capitali in attività economiche o finanziarie che esorbitano rispetto all'oggetto sociale.

Peraltro, anche nel caso in cui l'oggetto materiale della condotta di ricettazione o di riciclaggio, ovvero l'attività economica o finanziaria nel caso del reato *ex* art. 648-*ter* c.p., siano pertinenti rispetto alla specifica attività d'impresa, occorre pur sempre un accertamento in concreto da parte del giudice, da condurre caso per caso, circa la sussistenza dell'interesse o del vantaggio per l'ente.

Specificità dei singoli reati

- **Ricettazione (art. 648 c.p.)**

  Lo scopo dell'incriminazione della ricettazione è quello di impedire il perpetrarsi della lesione di interessi patrimoniali iniziata con la consumazione del reato principale. Ulteriore obiettivo della incriminazione consiste nell'evitare la commissione dei reati principali, come conseguenza dei limiti posti alla circolazione dei beni provenienti dai reati medesimi.

  L'art. 648 c.p. incrimina chi "fuori dei casi di concorso nel reato, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare".

  Per *acquisto* dovrebbe intendersi l'effetto di un attività negoziale, a titolo gratuito od oneroso, mediante la quale l'agente consegue il possesso del bene.

Il termine *ricevere* starebbe ad indicare ogni forma di conseguimento del possesso del bene proveniente dal delitto, anche se solo temporaneamente o per mera compiacenza.

Per *occultamento* dovrebbe intendersi il nascondimento del bene, dopo averlo ricevuto, proveniente dal delitto.

La ricettazione può realizzarsi anche mediante l'*intromissione* nell'acquisto, nella ricezione o nell'occultamento della cosa. Tale condotta si esteriorizza in ogni attività di mediazione, da non intendersi in senso civilistico (come precisato dalla giurisprudenza), tra l'autore del reato principale e il terzo acquirente.

Il reato di ricettazione può essere realizzato in molte aree aziendali e a più livelli organizzativi. Tuttavia, andranno individuate alcune funzioni/aree/processi esposti maggiormente a rischio, come il settore acquisiti o quello commerciale.

L'ultimo comma dell'art. 648 c.p. estende la punibilità "anche quando l'autore del delitto, da cui il denaro o le cose provengono, non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto".

- **Riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.)**

Lo scopo dell'incriminazione del reato di riciclaggio è quello di impedire che gli autori dei reati possano far fruttare i capitali illegalmente acquisiti, rimettendoli in circolazione come capitali ormai "depurati" e perciò investibili anche in attività economiche produttive lecite. In tal modo, la norma incriminatrice persegue anche un ulteriore obiettivo-finale, vale a dire scoraggiare la stessa commissione dei reati principali, mediante le barriere frapposte alla possibilità di sfruttarne i proventi.

L'art. 648-*bis* c.p. incrimina chiunque "fuori dei casi di concorso nel reato, sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa".

Per *sostituzione* si intende la condotta consistente nel rimpiazzare il denaro, i beni o le altre utilità di provenienza illecita con valori diversi.

Il *trasferimento* consiste nella condotta tendente a ripulire il denaro, i beni o le altre utilità mediante il compimento di atti negoziali.

Le *operazioni* idonee ad ostacolare l'identificazione dell'illecita provenienza potrebbero essere considerate quelle in grado di intralciare l'accertamento da parte della autorità giudiziaria della provenienza delittuosa dei valori provenienti dal reato.

Le attività aziendali esposte a rischio anche per questa tipologia di reato sono diverse, anche se maggiore attenzione dovrà essere rivolta ai settori commerciale e amministrativo-finanziario.

Il terzo comma dell'articolo in esame richiama l'ult. co. dell'art. 648 c.p. già esaminato.

- **Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.)**

  Il delitto in esame risponde ad una duplice finalità: mentre in un primo momento occorre impedire che il cd. "denaro sporco", frutto dell'illecita accumulazione, venga trasformato in denaro pulito, in un seconda fase è necessario fare in modo che il capitale, pur così emendato dal vizio di origine, non possa trovare un legittimo impiego.

  La clausola di riserva contenuta nel co. 1 della disposizione in commento prevede la punibilità solamente di chi non sia già compartecipe del reato principale ovvero non sia imputabile a titolo di ricettazione o riciclaggio. Da ciò deriva che per la realizzazione della fattispecie *de qua* occorre la presenza, quale elemento qualificante rispetto alle altre figure criminose citate, di una condotta di impiego dei capitali di provenienza illecita in attività economiche o finanziarie.

  La condotta incriminata consiste nell'impiego dei capitali di provenienza illecita *in attività economiche o finanziarie*.

  Impiegare è sinonimo di *usare comunque*, ossia un utilizzo per qualsiasi scopo. Tuttavia, considerato che il fine ultimo perseguito dal legislatore consiste nell'impedire il turbamento del sistema economico e dell'equilibrio concorrenziale attraverso l'utilizzo di capitali illeciti reperibili a costi inferiori rispetto a quelli leciti, si ritiene che per *impiegare* debba intendersi in realtà *investire*. Dovrebbe, quindi, ritenersi rilevante un utilizzo a fini di profitto.

  I settori aziendali maggiormente esposti a rischio per questa tipologia di reato sono quelli commerciale e amministrativo-finanziario.

  Anche nell'art. 648-*ter* si rinvia all'ultimo co. dell'art. 648 c.p.

Attività aziendali a rischio

Le attività aziendali da prendere in considerazione ai fini della prevenzione di tali reati possono essere suddivise in due macrocategorie:

1. attività con soggetti terzi, intendendosi per tali le attività relative ai rapporti instaurati tra società e soggetti terzi;
2. attività infragruppo, poste in essere nell'ambito dei rapporti intercorrenti fra società appartenenti allo stesso gruppo.

ATTIVITÀ AZIENDALI A RISCHIO	CONTROLLI PREVENTIVI SPECIFICI (PROTOCOLLI) E PRINCIPALI ATTIVITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA
• Amministrazione (Tesoreria, Personale, Ufficio contratti/gare, ecc.) • Commerciale • Finanza • Direzione acquisiti • Marketing[52] **Attività aziendali** a rischio in relazione a: **1. rapporti con soggetti terzi** • Contratti di acquisto e/o di vendita con controparti • Transazioni finanziarie con controparti • Investimenti con controparti • Sponsorizzazioni **2. rapporti infragruppo** • Contratti infragruppo di acquisto e/o di vendita • Gestione dei flussi finanziari • Investimenti infragruppo	• Verifica dell'attendibilità commerciale e professionale dei fornitori e *partner* commerciali/finanziari, sulla base di alcuni indici rilevanti (es. dati pregiudizievoli pubblici - protesti, procedure concorsuali - o acquisizione di informazioni commerciali sulla azienda, sui soci e sugli amministratori tramite società specializzate; entità del prezzo sproporzionata rispetto ai valori medi di mercato; coinvolgimento di "persone politicamente esposte", come definite all'art. 1 dell'Allegato tecnico del D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, di attuazione della direttiva 2005/60/CE)[53]. • Verifica della regolarità dei pagamenti, con riferimento alla piena coincidenza tra destinatari/ordinanti dei pagamenti e controparti effettivamente coinvolte nelle transazioni. • Controlli formali e sostanziali dei flussi finanziari aziendali, con riferimento ai pagamenti verso terzi e ai pagamenti/operazioni infragruppo. Tali controlli devono tener conto della sede legale della società controparte (ad es. paradisi fiscali, Paesi a rischio terrorismo, ecc.), degli Istituti di credito utilizzati (sede legale delle banche coinvolte nelle operazioni e Istituti che non hanno insediamenti fisici in alcun Paese) e di eventuali schermi societari e strutture fiduciarie utilizzate per transazioni o operazioni straordinarie[54]. • Verifiche sulla Tesoreria (rispetto delle soglie per i pagamenti per contanti, eventuale utilizzo di libretti al portatore o anonimi per la gestione della liquidità, ecc.); • Determinazione dei requisiti minimi in possesso dei soggetti offerenti e fissazione dei criteri di valutazione delle offerte nei contratti standard. • Identificazione di una funzione responsabile della definizione delle specifiche tecniche e della valutazione delle offerte nei contratti standard. • Identificazione di un organo/unità responsabile dell'esecuzione del contratto, con indicazione di compiti, ruoli e

52 La direzione acquisti e il marketing si reputano esposti sia al rischio riciclaggio che al rischio di finanziamento del terrorismo (compreso anch'esso tra i reati-presupposto del decreto 231, all'art. 25-quater, co. 4). In particolare, la direzione acquisti è responsabile dei rapporti con terzi fornitori, che potenzialmente possono risultare coinvolti in episodi di riciclaggio o di ricettazione (art. 648 c.p. - ad es. possesso di merce rubata). La direzione Marketing spesso è coinvolta nella sponsorizzazione di ONLUS/ONG (soggetti a rischio di finanziamento del terrorismo) o nel pagamento di prestazioni immateriali, servizi di consulenza (che possono a loro volta rilevare quali veicoli di riciclaggio di denaro).

53 Gli indici di anomalia da tener presenti al fine di contrastare i fenomeni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sono diversi dalle semplici anomalie contabili, riferendosi ad esempio alla sede del soggetto controparte, alle modalità e ai prezzi dell'offerta o del bene ed altri indici specifici individuati dalla normativa (persone politicamente esposte o altre categorie ritenute esposte).

54 Le operazioni infragruppo, l'utilizzo di schermi societari e/o strutture fiduciarie sono indici di operazioni sospette a fini di antiriciclaggio, peraltro già utilizzati e evidenziati dalla magistratura in indagini su reati di natura finanziaria.

Attività aziendali a rischio	Controlli preventivi specifici (protocolli) e principali attività dell'organismo di vigilanza
	responsabilità. • Specifica previsione di regole disciplinari in materia di prevenzione dei fenomeni di riciclaggio. • Determinazione dei criteri di selezione, stipulazione ed esecuzione di accordi/joint-venture con altre imprese per la realizzazione di investimenti. Trasparenza e tracciabilità degli accordi/joint-venture con altre imprese per la realizzazione di investimenti. • Verifica della congruità economica di eventuali investimenti effettuati in *joint venture* (rispetto dei prezzi medi di mercato, utilizzo di professionisti di fiducia per le operazioni di *due diligence*). • Verifica sul livello di adeguamento delle società controllate rispetto alla predisposizione di misure e controlli antiriciclaggio. • Applicazione dei controlli preventivi specifici (protocolli) previsti anche in riferimento ai reati nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, ai reati societari e ai reati di *market abuse*. • Adozione di adeguati programmi di formazione del personale ritenuto esposto al rischio di riciclaggio.

Edizione marzo 2008
Grafica e impaginazione: D.effe comunicazione - Roma