ISTITUTO
DI RICERCA
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI

IL D.LGS. N.231/2001:

INQUADRAMENTO NORMATIVO E APPLICABILITÀ AL TERZO SETTORE

Dott.ssa Annalisa DE VIVO

Roma, 21 marzo 2013

RATIO E ORIGINI DEL D.LGS. 231/2001

- ✓ Necessità di ottemperare agli obblighi previsti da varie convenzioni internazionali al fine di una uniformazione degli ordinamenti statuali europei
- ✓ Evoluzione del concetto e del ruolo dell'impresa nella società
- ✓ Diffusione della **Cultura della Legalità Preventiva** nell'ambito della *corporate governance* per contrastare i reati non solo con la repressione e efficacia deterrente della norma penale

IL DECRETO 231:

- ✓ Nascita del nuovo principio *"societas puniri potest"*
- ✓ Non si pone in antitesi con l'art. 27 Cost.:"La responsabilità penale è personale"
- ✓ Tramonto del tradizionale principio:

~~Societas delinquere non potest~~

RESPONSABILITÀ "AMMINISTRATIVA"

Un termine equivoco …..

Nella relazione al decreto il legislatore parla infatti di un "*tertium genus*", che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo

Il d.lgs. 8 GIUGNO 2001, n. 231 in "pillole"

- ✓ Il reato è imputato a soggetti diversi dalle persone fisiche (si aggiunge a quello commesso dalle persone fisiche)
- ✓ Il meccanismo di irrogazione delle sanzioni è basato sul processo penale
- ✓ L'Autorità competente a contestare l'illecito è il Pubblico Ministero
- ✓ L'Autorità competente ad irrogare le sanzioni è il Giudice penale
- ✓ Il sistema di "memorizzazione" delle condanne è inquadrato nell'ambito del Casellario Giudiziale penale

IN CHE COSA CONSISTE LA CONDOTTA PUNITA?

La responsabilità "penale" degli **Enti** scaturisce dalla commissione dei reati previsti dal Decreto231 e commessi materialmente dai propri **vertici** o dai propri **sottoposti**, nell'**interesse** o **vantaggio** dell'ente.

I DESTINATARI

ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI

- ✓ Enti forniti di personalità giuridica
- ✓ Società e associazioni fornite di personalità giuridica
- ✓ Società e associazioni prive di personalità giuridica

ESPRESSAMENTE ESCLUSI:

- ✓ Stato
- ✓ Enti Pubblici Territoriali
- ✓ Altri enti pubblici non economici
- ✓ Enti che svolgono una funzione di rilievo costituzionale

(Art. 1, co. I – III)

Destinatari sono "ENTI"

- Non è stata data una definizione di "ENTI"
- Ampia **Zona d' Ombra**
- Può aiutare la Relazione ove indica espressamente che la norma mira a punire "…*la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura* ***squisitamente economica*** *e, cioè assistite da* ***fini di profitto…"***

(Relazione Ministeriale al D.Lgs 231/01)

La 'zona d'ombra'

- Vi rientrano tutti quegli enti che, pur avendo soggettività pubblica, non esercitano poteri pubblici: l'Aci, la Cri, gli Ordini e i Collegi professionali, le aziende ospedaliere, le scuole, le università pubbliche, gli istituti di assistenza.

- Inizialmente tali enti erano esclusi dall'ambito applicativo del decreto in quanto, pur non essendo provvisti di pubblici poteri, perseguono e curano interessi pubblici escludendo finalità lucrative.

- Negli anni però si è verificata una vera e propria inversione di tendenza: nel settore sanitario, ad esempio, l'adozione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 viene oggi considerata ulteriore garanzia dell'organizzazione e della trasparenza dell'operato delle Aziende sanitarie pubbliche.

La 'zona d'ombra'

IL SETTORE SANITARIO: L'ESPERIENZA DELLA REGIONE LOMBARDIA

Con i seguenti provvedimenti:

- ✓ **D.G.R. n. VII/17864 del 11 giugno 2004 (Introduzione in via sperimentale nelle Aziende Sanitarie pubbliche di un Codice etico-comportamentale)**
- ✓ **Decreto del Direttore Generale Sanità n. 22361 del 9 dicembre 2004**
- ✓ **D.G.R. n. VIII/1375 del 14 dicembre 2005 (Determinazioni in ordine alla gestione del Servizio Socio Sanitario regionale per l'esercizio 2006)**

la Regione Lombardia ha mutuato i principi contenuti nel d.lgs. 231/2001 ai fini dell'introduzione del codice etico e dell'implementazione del modello organizzativo nelle aziende sanitarie locali e ospedaliere.

L'Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia (IRER) ha rilevato che, nell'anno di sperimentazione condotto da alcune A.S.L. e A.O., a prescindere da un mero discorso di prevenzione di reato, si sono ottenuti apprezzabili risultati quali:

- ✓ **miglioramento di efficacia, di sicurezza e di controllo con benefici ipotizzabili sulla qualità del servizio reso agli utenti finali;**
- ✓ **riduzione dei costi interni;**
- ✓ **maggior soddisfazione del personale reso più coinvolto e responsabilizzato nella conduzione operativa dell'azienda.**

I DESTINATARI

- Richiamo implicito al **"Criterio di Economicità** civilistico**"** (art. 2082 c.c.):
- **Scopo** di realizzare un **avanzo di gestione**
- A prescindere dal concreto conseguimento di un Lucro Oggettivo (avanzo di gestione) o Soggettivo (riparto degli utili tra i soci)

Possono così essere facilmente ricondotti nella definizione di "ENTE"

ENTI PUBBLICI ECONOMICI

enti a soggettività pubblica, privi di pubblici poteri, i quali agiscono *iure privatorum*

Cass. pen., sez. II, n. 234/2011:

"*La natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione, deve necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di* ***attività economica*** *da parte del medesimo*"

SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

soggetto di diritto privato, del tutto distinto dall'Amministrazione Pubblica

Cass. 28699/2010

La società per azioni (partecipata al 51% dallo Stato) opera come persona giuridica privata, nell'esercizio della **propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico** nei confronti del quale ha assunto l'obbligo di gestire il servizio.

SOCIETÀ DI PERSONE

S.S. – S.N.C. – S.A.S.:

- ✓ non hanno personalità giuridica. Sono però considerate un centro d'imputazione di interessi autonomo rispetto alle sfere soggettive dei singoli soci.
- ✓ autonomia patrimoniale imperfetta

IMPRESE INDIVIDUALI

Costituiscono un'ipotesi a se stante, in quanto non hanno autonomia patrimoniale né consistono in un centro autonomo d'imputazione di interessi.

- ✓ **Cass. 15657/2011**

"La disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/01 trova applicazione anche per le imprese individuali, atteso che la mancata applicazione di tale normativa per questi soggetti creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano ***costituzionale connesse ad una disparità di trattamento*** *tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate."*

IMPRESE INDIVIDUALI

Tuttavia, di recente il principio della inapplicabilità della responsabilità amministrativa *ex* dlgs 231/2001 è stato (ri)statuito dalla giurisprudenza di legittimità.

Cass. 30085/2012

La disciplina prevista dal d.lgs. 231/01 in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, anche prive di personalità giuridica, non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli enti collettivi.

ENTI CON FINI IDEALI O ALTRUISTICI

Quando lo scopo, ancorché ideale, venga perseguito con metodo economico, l'ente acquista la qualità di imprenditore.

- ✓ **ASSOCIAZIONI E FONDAZIONI**

  Tribunale di Milano 26 giugno 2008

- ✓ **O.N.L.U.S.**

  G.I.P. Tribunale di Milano 30 marzo 2011

  in parte motiva: "*… presentavano alle aziende sanitarie locali, agli enti e alle istituzioni pubbliche competenti, tra le altre, richieste di rimborso per prestazioni socio-sanitarie effettuate avvalendosi di personale non volontario, bensì effettivamente pagato con tariffa oraria …*".

APPLICABILITÀ DELLA NORMATIVA AL III SETTORE

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI

- ✓ Trattandosi nella maggior parte dei casi di associazioni (espressamente incluse *ex* art. 1), il loro assoggettamento alla disciplina avrebbe dovuto essere **scontato**.

- ✓ Tuttavia, attesa la "sensibilità" di alcuni servizi offerti da enti quali ONLUS, ONG, ecc., a favore dell'esonero sono state addotte l'**assenza del fine di lucro** e la **carenza del** necessario **carattere imprenditoriale** dell'attività svolta.

- ✓ Avendo riguardo all'attività in concreto svolta (si pensi ad es. ai valori immobiliari e mobiliari detenuti da alcune fondazioni, ovvero alle associazioni sportive dilettantistiche, che in molti casi diventano strumento di frodi fiscali, truffe e malversazioni) **pare evidente che anche gli operatori del mondo non profit debbano essere ritenuti soggetti a rischio 231**, considerate le rilevanti conseguenze anche sociali potenzialmente derivanti dalla commissione di un illecito.

PROBLEMATICHE OPERATIVE

La quasi totalità degli elementi in materia 231 (sentenze, linee guida, dottrina) fa riferimento ad una prospettiva di tipo aziendalistico e commerciale.

Nondimeno, gran parte dei paradigmi relativi all'efficacia dei sistemi di controllo e ai meccanismi di gestione del rischio **può essere applicata** anche ad organizzazioni che non perseguono scopi lucrativi, attesa anche la coincidenza dei reati presupposto, delle sanzioni e di tutti gli altri aspetti dell'impianto normativo in questione.

Pertanto, ***l'elaborazione di un modello esimente per gli enti appartenenti al terzo settore sconta tutte le criticità "ordinarie" relative a tale attività***, unitamente alle complicazioni e alla complessità connesse alla natura giuridica e al tipo di attività svolta da tali soggetti.

PROBLEMATICHE OPERATIVE

Una delle difficoltà principali riguarda la vasta **eterogeneità** degli enti che fanno parte del terzo settore, abbinata alla varietà dei campi dell'economia in cui questi organismi operano: dalla beneficenza alla ricerca scientifica, dall'educazione alla sanità, dalla cultura allo sport, e così via.

In tale fase potrebbe essere utile evidenziare aspetti, quali:

- ✓ la struttura organizzativa, amministrativa e contabile;
- ✓ il tipo di attività/settore;
- ✓ le dimensioni (volume d'affari, numero dei dipendenti, ecc.);
- ✓ l'esistenza di eventuali rapporti di controllo;
- ✓ la presenza di lavoro volontario;
- ✓ la necessaria esistenza del vincolo di non distribuibilità del profitto.

IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI

La responsabilità “penale” degli Enti scaturisce dalla commissione dei reati previsti dal Decreto 231 e commessi materialmente dai propri vertici o dai propri sottoposti, nell’ interesse o vantaggio dell’ente.

IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI

Apicali

- Amministratori
- Direttori generali
- Rappresentanti legali a qualsiasi titolo
- Preposti a sedi secondarie
- Direttori di divisione

Sono quei "soggetti che hanno Funzioni di GESTIONE e CONTROLLO tali da consentire un PENETRANTE DOMINIO SULL'ENTE. Hanno, quindi, funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa"

Ai reati commessi da tali soggetti la legge associa una presunzione di colpa in capo all'ente

Sottoposti

- Lavoratori dipendenti
- Collaboratori
- Agenti
- Parasubordinati
- Distributori, Fornitori
- Consulenti

Soggetti sottoposti all'altrui direzione che eseguono nell'interesse dell'ente le decisioni intraprese dal vertice

Qui è la Pubblica Accusa che deve provare l'eventuale culpa in vigilando dell'ente

…nell'interesse o vantaggio dell'ente

È penalmente rilevante **non soltanto** il caso in cui il comportamento illecito abbia determinato **un vantaggio, patrimoniale o meno** per l'ente, **ma anche** l'ipotesi in cui, pur in assenza di tale concreto risultato, **il fatto-reato trovi ragione nell'interesse dell'ente**

AUTONOMIA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE (ART. 8)

L'ente è responsabile anche quando:

- ✓ l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile
- ✓ Il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia

REATI COMMESSI ALL'ESTERO (ART. 4)

Gli enti aventi nel territorio dello Stato la loro sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto

L'esimente è una causa di **non punibilità di cui l'ente si può avvalere se dimostra:**

- di aver **adottato** ed **efficacemente attuato** modelli di organizzazione idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi;
- di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché di curare il loro aggiornamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- che le persone hanno commesso il reato **eludendo fraudolentemente** i modelli di organizzazione e di gestione;
- che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo a ciò preposto

L'ESIMENTE

(*segue*)

Nel caso di reati commessi da soggetti in posizione subordinata, l'ente risponde solo se sono stati violati gli obblighi di controllo generalmente facenti capo agli organi dirigenti:

É UNA RESPONSABILITÀ PER COLPA

Perciò, l'onere di provare le suddette violazioni grava sul ***Pubblico Ministero***

***

Invece, nel caso di reati commessi da soggetti in posizione **apicale**, la responsabilità dell'ente prescinde da qualsiasi accertamento degli elementi soggettivi del dolo o della colpa:

VI É UNA PRESUNZIONE DI COLPEVOLEZZA IN CAPO ALL'ENTE

A meno che non dimostri che il modello è stato eluso fraudolentemente dall'autore del reato (c.d. inversione dell'onere della prova)

IL CATALOGO DEI REATI

Art. 24: **Reati contro la Pubblica Amministrazione** (Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico)

Art. 24-*Bis*: Delitti informatici e trattamento illecito di dati

Art. 24-*ter*: Delitti di criminalità organizzata

Art. 25: **Concussione e corruzione**

Art. 25-*Bis*: Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento

Art. 25-*Bis*.1: Delitti contro l'industria e il commercio

Art. 25-*Ter*: **Reati societari**

Art. 25-*Quater*: Delitti con finalità di **terrorismo** o di eversione dell'ordine democratico

IL CATALOGO DEI REATI

Art. 25-*Quater*.1: Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili

Art. 25-*Quinquies*: Delitti contro la personalità individuale

Art. 25-*Sexies*: Abusi di mercato

Art. 25-*Septies*: Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e **sicurezza sul lavoro**

Art. 25-*Octies*: Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

Art. 25-*Novies*: Delitti in materia di violazione del **diritto d'autore**.

Art. 25-*Decies*: Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria.

Art. 25-*Undecies*: **Reati Ambientali**

Art. 25-*Duodecies*: Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI

Art. 25 (Concussione e corruzione)

Con la legge 6.11.2012, n. 190 (cd. Legge anticorruzione) sono stati introdotti due nuovi reati-presupposto nel novero di quelli previsti e puniti dall'art. 25 del Decreto 231.

Enti, società e associazioni rispondono pertanto anche dei reati di **induzione indebita a dare o promettere utilità** (art. 319-*Quater* cod. pen.) e di **corruzione tra privati** (art. 2635 cod. civ.).

Le nuove disposizioni sono entrate in vigore il 28.11.2012.

1. PECUNIARIE

Vengono determinate per quote, in base ad un sistema che prevede la determinazione:

- ✓ del numero delle quote (non inferiore a 100 e non superiore a 1.000) in relazione alla gravità del reato, al grado di responsabilità dell'ente e all'attività svolta per eliminare le conseguenze del fatto e attenuarne le conseguenze o per prevenire la commissione di altri illeciti
- ✓ dell'entità delle singole quote (min. € 258,23 - max € 1.549,37) sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione
- ✓ In conclusione la sanzione corrisponderà ad un
- ✓ ad un minimo di € **10.000** ca.
- ✓ ad un massimo di € **1.500.000** ca.

2. INTERDITTIVE

- ✓ Interdizione dall'esercizio dell'attività
- ✓ Sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito
- ✓ Divieto di contrattare con la p.a., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio
- ✓ Esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi
- ✓ Divieto di pubblicizzare beni o servizi

L'inflizione di una sanzione interdittiva comporta altresì l'esclusione dalla contrattazione con la P.A. *"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti"* (Codice degli Appalti, D.Lgs 163/2006, art. 38, lettera m).

3. CONFISCA

É diretta a sottrarre all'ente il prezzo o il profitto del reato, facendo salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede

4. PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA

Deve essere prevista dalla legge in relazione al singolo reato

GRADUAZIONE DELLE SANZIONI

- ✓ La sanzione pecuniaria e la confisca devono essere irrogate tutte le volte che sia accertata la sussistenza della responsabilità dell'ente
- ✓ Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza sono previste solo per le fattispecie più gravi
- ✓ Per i reati societari è prevista l'irrogazione delle sole sanzioni pecuniarie

IL COMMISSARIO GIUDIZIALE

In luogo dell'applicazione della sanzione interdittiva, il giudice può disporre la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario **per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata**, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività;

b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

CASI DI RIDUZIONE SANZIONI PECUNIARIE

Art. 12, co.1 - Sono ridotte alla metà (e comunque non possono superare € 103.291,38) se:

- ✓ L'autore del reato ha agito nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato alcun vantaggio, ovvero un vantaggio minimo
- ✓ Il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità

Art. 12, co.2 - Sono ridotte da un terzo alla metà se prima dell'apertura del dibattimento di 1° grado:

- ✓ L'autore del reato ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose del reato, o si è efficacemente adoperato in tal senso
- ✓ È stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quelli verificatosi

Se concorrono le condizioni suddette, le sanzioni pecuniarie sono ridotte dalla metà ai due terzi; in ogni caso esse non possono essere inferiori a € 10.329,14

CASI DI RIDUZIONE SANZIONI INTERDITTIVE

Art. 17 - Le sanzioni interdittive non si applicano qualora, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, l'ente:

- ✓ abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose del reato, ovvero si sia adoperato efficacemente in tal senso
- ✓ abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi
- ✓ abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca

In ogni caso resta ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie

IL PROCEDIMENTO DI ACCERTAMENTO (CENNI)

- ✓ É modellato sullo schema del processo penale
- ✓ Si svolge dinanzi al giudice penale, su iniziativa del p.m.
- ✓ Può svolgersi anche insieme al processo penale relativo ai reati addebitati alle persone fisiche
- ✓ Prevede per l'ente le stesse garanzie vigenti in favore dell'imputato nell'attuale processo penale