

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI:  
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE  
DI RIFORMA A VENTI ANNI  
DAL D. LGS. 231/2001**

**2021 / 1-BIS**

**Modello 231 nell' ambito delle procedure di sequestro e confisca delle aziende. Spunti di riflessione.**

di Simone Maria D'Arcangelo, Enrico De Fusco,  
Andrea Mazzillo, Nicola Sciarra e Pasqualino Silvestre

di Simone Maria D'Arcangelo, Enrico De Fusco, Andrea Mazzillo, Nicola Sciarra e Pasqualino Silvestre

### **Abstract**

Il professionista amministratore giudiziario, nello svolgimento della sua attività di gestione di aziende in sequestro/confisca, opera contemperando norme di diritto civile, amministrativo e fiscale con le direttive di natura penalistica "impartite" dal giudice penale.

L'attività di amministrazione di aziende sottoposte a sequestro e confisca trova oggi la sua principale disciplina giuridica nel D. lgs 159/2011 (Codice Antimafia), la cui applicazione verrà ulteriormente estesa, stante la modifica dell'art.104 Disp. Att., C.p.p., (in vigore dal 1.9.2021), alle ipotesi disciplinate dall'art.321, c.2, C.p.p. e ai "casi particolari" di cui all'art.240-bis, C.p.

Da una lettura critica del D. lgs. 159/2011, nasce l'idea sviluppare un percorso di armonizzazione ed efficientamento funzionale delle attività di amministrazione e conservazione degli enti in sequestro mediante adozione di modelli di gestione organizzazione e controllo, ex D. lgs. 231 del 2001.

Il combinato disposto degli artt. 40 e 41 prevede che entro i termini ivi previsti, l'amministratore presenti una "relazione particolareggiata sulla base degli ulteriori dati acquisiti", illustrando l'eventuale "sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività"; volta ad ottenere l'approvazione e conseguente nulla osta del Tribunale (ex art. 41, c.1-sexies) per la prosecuzione dell'attività.

L'art. 35-bis c.2, prevede che dal sequestro, e sino all'approvazione del programma di cui all'art.41, comma 1, lettera c), "per un periodo di sei mesi dalla notificazione dell'accertamento è sospesa l'irrogazione delle sanzioni ed entro lo stesso termine l'amministratore giudiziario procede alla sanatoria delle violazioni eventualmente riscontrate, presentando apposita istanza alla pubblica amministrazione interessata, sentito il giudice delegato".

L'art. 41 1° octies 7 co.2, stabilisce che: "per le società sottoposte a sequestro le cause di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale, non operano dalla data di immissione in possesso sino all'approvazione del programma di prosecuzione o ripresa dell'attività, e per lo stesso periodo non si applicano gli artt. 2446 c.2-3, 2447, 2448-bis c. 4-5-6 e 2482-ter C.c."

Infine, l'art. 34-bis, comma 3, l. d) dispone che: "Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale... può imporre l'obbligo: ... di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del D. lgs. 8.6.2001, n. 231, e s.m."

L'amministratore giudiziario al momento del suo insediamento procede ad un'analisi di "gestione dei rischi" valutando sia le criticità gestionali in essere, sia la possibilità di commissione di futuri reati tenendo conto del settore operativo dell'azienda in gestione.

Analizzando i dati della principale banca dati del settore, gestita dalla Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati si può rilevare come le aziende confiscate, in gestione dell'ANBSC o da questa destinate, siano complessivamente pari a 2.383 con concentrazione in regioni quali il Lazio (13,09%), Campania (18,52%), Sicilia (31,68%) e Calabria (12,89%) che raccolgono oltre il 76% del dato nazionale; i settori delle costruzioni (23,42%), commercio al dettaglio e all'ingrosso (21,07%), servizi di alloggio e ristorazione (8,43%) ed immobiliari (7,18%) sono quelli maggiormente interessati.

L'A.G. ad inizio mandato, con una analisi di "gestione del rischio" valutativa delle criticità gestionali in essere o possibili, sarà in grado, con un'attività simile a quella prodromica all'adozione di un modello 231, di predisporre un adeguato "modello di organizzazione e gestione".

Obiettivo del paper è la presentazione di un set di linee guida, su alcuni dei reati presupposto, da seguire per la predisposizione di un adeguato modello 231 ritagliato sulle principali necessità delle amministrazioni giudiziarie al fine di fornire un valido strumento di supporto alle attività dei professionisti chiamati a tale compito.

*The judicial administrator operates conforming the norms of civil, administrative and fiscal rights in business management of seizure and confiscation.*

*In accomplishing that, he observes the penal directives imposed by the judicial judge.*

*The administrative activity of companies subject to seizure and confiscation is disciplined by the legislative decree 159/2011 (Anti – Mafia Code). The application of the decree will be additionally extended thanks to the modification of the article n. 104 Disp. Att., C.p.p. (in force since 1.9.2021) and the hypothesis disciplined by the art.321, c.2, C.p.p. e and the particular cases of the art.240-bis, C.p.*

*Reading the legislative decree 159/2011, it is born the idea of developing a path for the harmonization and efficiency functional process for the administrative activities and conservation of seized institutions through the adoption of management, organization and control models, ex D. lgs. 231 del 2001.*

*The articles 40 and 41 provide that, if the administrator presents a relation on the basis of the ulterior collected data, in a given time, explaining the subsistence of possibility of resumption of activities. This relation needs to be approved and authorized by the court for the continuation of activities.*

*The article 35-bis c.2, needs that from the seizure to the approbation of the program (all'art.41, comma 1, lettera c) for six months from the notification of the assessment, the imposition of the penalties is temporary suspended and in the meanwhile the judicial administrator moves forward with the amnesty of the violations, presenting the instance to the public administration, after the consent of the judge.*

*The art. 42 ° octies 7 co.2 establishes that for the seized companies, that dissolves for reduction or loss of share capital, they don't operate from the placing date to the approbation of the program for the continuation of the activities. In this period they can't be applied the 2446 c.2-3, 2447, 2448-bis c. 4-5-6 e 2482-ter C.c.". The article 34, comma 3, l. d) disposes that: the measure by the letter b) comma 2 the court can impose the requirement to adopt and implement the organizative measures, following the articles 6, 7 e 24-ter del D. lgs. 8.6.2001, n. 231, e s.m."*

*The judicial administrator, once installed, analyzes the risks management, valuing the management issues, and the possibility of potential future crimes, taking into account the operative sector of the society.*

*Analyzing the data inside the database of the sector, managed by the National Agency for the administration and the destination of the seized and confiscated goods, it is possible to detected that the seized companies (managed by ANBSC) are 2.383 focused more in Lazio (13,09%), Campania (18,52%), Sicilia (31,68%) e Calabria (12,89%) that collects more than 76% of the national data; the sectors more interested are: the building sectors (23,42%), retailing (21,07%), accommodations and food services (8,43%) and real estate (7,18%).*

*The A.G with an analysis on the risk's management that values the managerial outstanding or potential issues, it will be able to present an adequate organizational and managerial model, thanks to the anticipator activities of the adoption of a model 231.*

*The objective of the paper is to present a set of guidelines, of some of the crimes ruled by 231 norm, to follow for the predisposition of an appropriate model 231 tailored on the principal needs of the giudicial administrations. This to provide an efficient tool to support the activities of professionals of the sector.*

## **Sommario**

**1.** Premessa - **2.** Breve panoramica normativa presa a riferimento - **2.1.** D. lgs. 231/2001 - **2.2.** D. lgs 159/2011 - **2.3.** D. lgs. 14/2019 (Codice della crisi) - **2.4.** Art. 2086 comma 2 Cod. Civ. - Gestione dell'impresa - **3.** Analisi sintetica di alcuni reati presupposto - **3.1.** Premessa - **3.2.** Reati Societari - **3.2.1.** Cenni normativi - **3.2.2.** Strumenti di gestione del rischio - **3.3.** Reati fiscali - **3.3.1.** Cenni normativi - **3.3.2.** Strumenti di controllo del rischio fiscale: il Tax Control Framework. - **3.3.3.** Il ruolo dell'OdV nella prevenzione dei reati tributari - **3.4.** Reati informatici - **3.4.1.** Cenni normativi - **3.4.2.** Il sistema sanzionatorio - **3.4.3.** Strumenti di prevenzione - **3.5.** Reati contro la pubblica amministrazione - **3.5.1.** Cenni normativi - **3.5.2.** Le recenti novità normative in materia di reati contro la pubblica amministrazione - **3.5.3.** L'anticorruzione ed i modelli "231" negli enti Pubblici - **3.5.4.** Conclusioni - **4.** Attività dell'amministratore giudiziario nella gestione di azienda in sequestro di prevenzione - cenni. - **4.1.** Considerazioni sulla organizzazione gestionale di un'azienda in sequestro - **5.** L'utilità di predisporre di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile di azienda oggetto di sequestro di prevenzione.

## 1. Premessa

Nel giugno del 2021 il Decreto legislativo 231 del 2001, disciplinante la responsabilità penale-amministrativa da reato delle società e degli enti compirà i suoi primi venti anni di vita. Nonostante il pieno conseguimento dell'età adulta, tuttavia, ad oggi non vi è alcuna prova empirica che la normativa in essere sia realmente efficiente e funzionale al fine di lotta al crimine societario cui è preposta, non essendo stata mai sottoposta ad un'analisi economica degli effetti prodotti che ne consenta una valutazione scientifica di costi e benefici.

Di particolare interesse, in tale ottica, si rivela un recente studio pubblicato a cura del *Journal of Cleaner Production* della Università del Tennessee dal titolo: *Corporate corruption prevention, sustainable governance and legislation: first exploratory evidence from the italian scenario*<sup>1</sup> (gennaio 2019). In tale lavoro, sviluppato nell'ottica dell'analisi "law and economics", si è tentato per la prima volta di analizzare con metodo scientifico la sostenibilità delle *governance* societarie volta alla prevenzione della corruzione, con particolare attenzione ai dati dimensionali dell'ente ed al coinvolgimento dell'organo amministrativo nell'attività di prevenzione. Sullo sfondo la sostenibilità degli adempimenti correlati al D. lgs. 231 del 2001 e alla legge 190 del 2012, nell'ottica della produttività e competitività delle persone giuridiche chiamate a doverne recepire i dettami in appositi modelli organizzativi. Le conclusioni correlate allo studio sono sorprendenti:

*"The adoption of corruption prevention plans increase the corporate bureaucratic process, involving a loss of efficiency and, consequently, a decrease in company performance"*.

L'analisi economica della normativa anticorruzione ai fini 231, dunque, rivelerebbe che la stessa, lungi dal conseguire l'effetto preventivo cui è preposta, avrebbe invece prodotto l'effetto paradossale di comportare sia una burocratizzazione dei processi aziendali che una perdita di efficienza e prestazioni economiche degli enti che la applicano.

Il tutto in un contesto in cui i dati statistici in tema di anticorruzione e modello 231 del Ministero della Giustizia, dimostrano come, a fronte di circa quattro milioni e mezzo di imprese presenti sul territorio nazionale<sup>2</sup> il numero di procedimenti istruiti e definiti nel quadriennio dal 2013 al 2016, non abbiano mai superato la doppia cifra per anno<sup>3</sup>.

Ciò nonostante, coerentemente con l'ipertrofia normativa del legislatore contemporaneo, caratterizzato come non mai da compulsività

approssimazione e simbolismo penale, il decreto 231, lungi dall'essere sottoposto a revisione critica, ha ricevuto ulteriori implementazioni, recependo tra i reati presupposto molti dei reati tributari, (L. 19 dicembre 2019, n. 157, di conversione del d. L. 26 ottobre 2019, n. 124 (c.d. decreto fiscale) ultima modifica disposta con il d. lgs 75 del 2020), la normativa sul contrabbando, nonché i delitti del peculato e dell'abuso d'ufficio.

Se dunque non vi è alcuna evidenza della reale efficienza della legislazione 231 ai fini di prevenzione dei reati commissibili nell'interesse o a vantaggio di società ed enti, si deve d'altra parte riconoscere che l'adozione di un modello di organizzazione, prevenzione e controllo, potrebbe tuttavia acquisire l'ulteriore funzione di rappresentare un efficiente strumento di organizzazione societaria consentendo all'imprenditore di adempiere all'obbligo posto dall'art. 2086, c2, c.c. di "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

In tale ruolo un modello 231 "allargato" potrebbe operare una fusione sinergica della pluralità di norme che governano la vita societaria (anticorruzione, antiriciclaggio, tutela della privacy, ecc.) realizzandone una "reductio ad unitatem" che consenta all'ente di massimizzare le proprie risorse implementando al contempo un clima ostico alla realizzazione di reati.

In tale prospettiva, dunque, il presente contributo si propone di gettare le prime basi per l'elaborazione di un MOG che sia specificatamente rivolto a quella particolare tipologia di persone giuridiche costituite dalla società in amministrazione giudiziaria. Enti quanto mai complessi perché chiamati ad operare in contesti permeati dalla pregressa sussistenza di reali fattispecie di reato (e non meramente ipotizzate), e dalla necessità di amministrare la società ablata evitando la reiterazione dei reati contestati, ripristinando la piena legalità dell'ente, mantenendolo efficientemente in vita sino all'eventuale confisca; non ultimo tentando di tutelare i lavoratori.

Tale importanza è stata oggi indirettamente riconosciuta dalla L. n. 3 del 2019 all'atto del modificare l'art. 25 del D. Lgs. 231, con l'introduzione del il *comma 5-bis* a norma del quale: *"Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per*

assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2." Onere che potrebbe dover essere adempiuto dallo stesso amministratore giudiziale a tutela dell'Ente affidatogli.

Ulteriore conferma è poi rinvenibile nella disciplina dell'art. 34-bis introdotto dall'ultima novazione della L. 159 del 2011, ove ora si dispone che: "... con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo: ... d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni".

Se, dunque, il legislatore stesso ha ritenuto di dover prevedere l'applicazione dei modelli alle società che lo Stato è chiamato a gestire in esito a provvedimenti cautelari di sequestro disposti dalla magistratura, è evidente che ritenga astrattamente validi tali strumenti: perché possano esserlo realmente, tuttavia, gli stessi dovranno essere sviluppati in concreto da chi conosce il settore e le sue specifiche asperità.

## 2. Breve panoramica normativa presa a riferimento

Occorre preliminarmente notare che ad oggi l'applicazione delle prescrizioni previste dal D. Lgs 231, nelle aziende oggetto di misure di prevenzione patrimoniale, è ancora poco applicata. Gli aggiornamenti in materia sono continui e varie sono state le modifiche legislative, ai fini della trattazione appare quindi utile effettuare un breve sunto normativo.

### 2.1. D. lgs. 231/2001

Nella Parte I "Diritti e doveri dei cittadini" – Titolo I (Rapporti civili), l'articolo 27 della nostra Costituzione sancisce che la responsabilità penale è personale. Il decreto legislativo 231/2001 ha però introdotto una rivoluzione in quanto, in deroga al principio "*Societas delinquere non potest*", la responsabilità degli enti, in caso di violazioni, ha natura penale.

L'ente (inteso come soggetto munito di personalità giuridica e società ed associazioni anche prive di personalità giuridica ad eccezione dello Stato, enti pubblici territoriali, entri pubblici non

economici, enti che svolgono funzioni di rilevanza costituzionale) ha quindi una responsabilità penale derivante da illeciti amministrativi.

Questo ha suscitato filoni della dottrina giuridica spesso non omogenei ed è altresì il motivo per cui troviamo spesso la coesistenza di definizioni di "responsabilità amministrativa degli enti" e di "responsabilità penale degli enti" in rapporto al decreto in esame.

Occorre sottolineare come sia praticamente "mettere in manette" una società (solo un singolo individuo può essere punito con la reclusione): di conseguenza, in caso di violazioni, il procedimento penale si traduce in sanzioni di natura pecuniaria. Detta responsabilità, per l'ente, è inerente ai reati posti in essere da soggetti in posizione apicale (art. 5 c.1 lett. a) o soggetti sottoposti alla direzione di un apicale (art. 5 c.1 lett. b), per illeciti condotti nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente dove interesse e vantaggio sono da intendersi come due condizioni indipendenti non necessariamente coesistenti: è sufficiente un interesse (come tale valutabile a priori) o un vantaggio (valutabile a posteriori) per far scattare la responsabilità.

Doveroso aggiungere che se il reato è commesso da soggetto in posizione apicale la colpa dell'ente è presunta (*successivamente l'organizzazione dovrà adoperarsi nel provare eventuali condizioni di esonero*) mentre nel caso di commissione da parte di un soggetto sottoposto, l'ente sarà responsabile se l'illecito è stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

La Legge n. 3 del 2019 ha apportato modifiche all'art. 25 del D. lgs. 231, introducendo il comma 5bis:

*"Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2."*

Viene quindi prevista una sanzione interdittiva attenuata ("*non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni*") nel caso in cui, prima della sentenza di primo grado, l'Ente si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità e abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione

e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. L'introduzione di un modello "231", anche successiva all'applicazione di misure di prevenzione, appare quindi utile, per la "salvaguardia" dell'Ente, permettendo di ottenere per la società o l'ente che collabora, uno sconto della pena.

Il D. lgs n.231/2001 come strumento di compliance aziendale, elemento centrale intorno al quale ruota la gran parte delle attività di compliance aziendali è identificato nel modello organizzativo esimente la punibilità degli Enti introdotto nel nostro ordinamento giuridico dal D. lgs. 231/2001.

Abbiamo visto che la condizione affinché la Società possa beneficiare dell'«esimente» ai fini del D. lgs 231/2001 è l'aver adottato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione, gestione e controllo (MOG). In estrema sintesi, la predisposizione di un MOG prevede lo svolgimento delle seguenti fasi: a) identificazione dei processi aziendali maggiormente esposti al rischio di commissione di un reato ex D. lgs 231/2001); b) *Risk Self-Assessment*; c) identificazione delle eventuali carenze del sistema di controllo interno in essere in ciascuno dei processi esposti al rischio; d) redazione, approvazione e monitoraggio del MOG (ODV);

In questa prospettiva, anche al fine di giungere ad esprimere un giudizio di prosecuzione dell'attività, ex art. 41 del codice antimafia, per l'amministratore giudiziario, assume rilevante importanza disporre di strumenti di monitoraggio interno con rilevanza giuridica in attuazione al modello di organizzazione 231, in grado di prevedere in anticipo le condizioni circa la salvaguardia della continuità aziendale. Da un punto di vista operativo è quindi necessario attenersi alla prospettiva del *forward looking* (approccio predittivo) così come attuata dalla riforma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con l'introduzione dell'art.13 rubricato "indicatori e indici della crisi". In tal senso, l'amministratore giudiziario dovrà tener conto, ad esempio, dei costi per il ripristino della legalità tipo: regolarizzazione dei rapporti di lavoro, adeguamento delle norme di sicurezza sugli ambienti di lavoro, ravvedimenti operosi, etc. dal momento che tra le categorie di aziende sopra descritte possono presentarsi realtà con margini estremamente positivi che in larga parte sono il risultato della gestione illecita condotta fino al provvedimento di sequestro.

## 2.2. D. lgs 159/2011

La Legge n. 161/2017, ha innovato profondamente il D. lgs. 159/2011 c.d. "Codice Antimafia", introducendo tra l'altro dell'art. 34-*bis* rubricato "Controllo giudiziario delle aziende"<sup>4</sup>.-

I 'nuovi' articoli 34 e 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011,

introducono strumenti giuridici contrassegnati da un diverso livello di invasività dell'intervento giudiziario nelle aziende oggetto di misura di prevenzione, cui corrisponde un ventaglio di possibili interrelazioni tra l'attività di impresa e il crimine organizzato, espresso nelle diverse ipotesi di:

1. beni costituiti in azienda che risultino essere la proiezione economica della pericolosità del proposto in via diretta, nei confronti dei quali trova applicazione l'istituto del 'classico' sequestro preordinato alla confisca;
2. attività di impresa che nasce libera e non inquinata, ma che risulta oggetto – per così dire *ex post* – di condizionamento (anche in un settore specifico o in una particolare realtà territoriale) da parte dell'ente mafioso o che finisce per agevolare, almeno in parte, ma in modo stabile, le attività di persone portatrici di pericolosità, per la quale trova applicazione la disciplina dell'amministrazione giudiziaria ex art. 34 d. lgs. n. 159/2011;
3. situazioni di pericolo concreto di infiltrazioni mafiose nell'esercizio delle attività di impresa con occasionale agevolazione delle finalità perseguite dalla persona pericolosa, con applicazione del controllo giudiziario introdotto dal novello art. 34-*bis* D. lgs. n. 159/2011.

La riforma del Codice Antimafia del 2017, introduce l'istituto in commento al fine di potenziare l'efficacia del complessivo apparato di prevenzione patrimoniale previsto nel Titolo II del Codice Antimafia, proponendo anche una dimensione *lato sensu economico* garantistica, permettendo la prosecuzione dell'attività di impresa, coniugandola con le esigenze di tutela della collettività e dell'economia e realizzando una incisiva ed effettiva *prevenzione* dalle infiltrazioni mafiose, anche allo scopo di evitare le frequenti conseguenze negative – prevalentemente costituite dalla paralisi dei cicli produttivi – indotte dall'adozione di strumenti dalla più spiccata invasività.

Altresì si può riconoscere nelle intenzioni del legislatore, dalla genesi dell'art. 34-*bis* una sorta di 'vigilanza prescrittiva', affidata a un commissario giudiziario nominato dal Tribunale con il compito di monitorare dall'interno dell'azienda il corretto compimento delle prescrizioni impartite dall'Autorità giudiziaria.

## 2.3. D. lgs. 14/2019 (Codice della crisi)

Come è noto a decorrere dal 1° settembre 2021 entrerà pienamente in vigore il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al Decreto legislativo n.14 del 12 gennaio 2019 recentemente riformato con il decreto correttivo Decreto

legislativo n.147 del 26 ottobre 2020. Tuttavia, la disciplina transitoria dettata dall'articolo 390 del Codice della crisi stabilisce che, le disposizioni legislative contenute, tra gli altri, negli articoli 375, 377 e 378 sono in vigore dallo scorso 16 marzo 2019. Le specifiche disposizioni, che hanno effetto immediato, si riferiscono, all'articolo 2086 del codice civile che commenteremo meglio nel prossimo paragrafo, che riguarda l'obbligo da parte degli amministratori di predisporre adeguati assetti organizzativi dell'impresa laddove ai sensi del quinto comma dell'articolo 2476 del codice civile *"... gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio aziendale"*.

Ebbene, partendo proprio da tali presupposti si ritiene che esista un nesso giuridico tra il D. lgs n.14/2019 (Codice della Crisi d'impresa), il D. lgs 159/2011 (Codice Antimafia) e il D. lgs 231/2001 (responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato) tenuto conto che tra le imprese in sequestro possono annoverarsi le imprese in crisi, imprese apparentemente sane ed imprese sane, con evidenti risultati economici e patrimoniali provenienti da atti illeciti.

Alla base di ciò, appare evidente che il legislatore abbia privilegiato l'interesse di salvaguardare la continuità aziendale e l'integrità dell'impresa, intesa come fonte di ricchezza, da risanare e da restituire al mercato. In tal senso, con l'avvento del codice della crisi d'impresa, si ritiene che, anche l'amministratore giudiziario rientri tra i soggetti obbligati a verificare se l'impresa sia dotata di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e dimensione della stessa, idoneo a rilevare tempestivamente la crisi d'impresa e la perdita di continuità aziendale.

Garantire la continuità aziendale mediante l'istituzione ed il monitoraggio di adeguati assetti organizzativi è senz'altro da considerarsi uno dei punti cardini che lega le suddette norme. Prendiamo, ad esempio, l'art. 35, co.5, del codice antimafia secondo cui l'amministratore giudiziario ha *"il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi."*; inoltre, come elemento oggetto di esimente di responsabilità occorre menzionare l'art. 35-bis, 1° comma del codice antimafia relativamente agli atti di gestione compiuti nel periodo di efficacia del provvedimento di sequestro, fatto salvo, il dovere dell'amministratore giudiziario di predisporre una relazione particolareggiata circa lo stato della continuità aziendale e le

reali prospettive di esecuzione per consentire al tribunale di approvare o meno il programma per scongiurare che una ipotesi di interruzione possa comportare un danno grave; segue infine il principio che vede l'impresa in crisi, oggetto di sequestro, essere portatrice di interessi tra gli *stakeholders* quali: clienti, fornitori, dipendenti, banche e amministrazioni pubbliche. In tale ambito, a seguito della relazione ex art.41 D. lgs n.159/2011 si ritiene che sia un dovere per l'amministratore giudiziario, verificare se esistono i presupposti per attivare o meno le procedure previste dal sistema di allerta (art.12 e segg. Cci.) anche al fine di scongiurare tempestivamente la perdita di continuità aziendale.

Infine, occorre evidenziare il nesso con l'art.6 lettera a) del decreto legislativo n.231/2001 laddove la società non risponde se prova che *"a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi"*;

Appare quindi evidente che il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi aziendali siano ritenuti un punto centrale del decreto legislativo n.231/2001 ai fini della prevenzione di atti penalmente rilevanti laddove si fa riferimento all'articolo 2381 del codice civile in tema di doveri dell'amministratore delegato<sup>5</sup>.

#### **2.4. Art. 2086 comma 2 Cod. Civ. - Gestione dell'impresa**

Con l'entrata in vigore dell'art. 375, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs n.14/2019) è stato integrato l'art. 2086 del c.c. con la previsione che *"L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"*.

Si ritiene, pertanto, che la *disclosure* del programma di gestione delle imprese poste sotto sequestro e confisca assuma un notevole rilievo rispetto alla portata innovativa del codice della crisi d'impresa. A tale proposito per meglio comprendere il fenomeno e le possibili soluzioni appare logico e coerente delineare sinteticamente alcuni punti centrali discendenti dall'attuale disciplina della crisi d'impresa ovvero la necessità di adeguare l'assetto organizzativo aziendale e le implicazioni di natura civilistica e penale per l'amministratore

giudiziario per l'inosservanza degli obblighi sanciti dall'art. 2086.

A tal proposito, tutti gli amministratori che non avranno dotato l'azienda di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile capace di intercettare gli indizi della crisi e soprattutto la perdita di continuità aziendale risponderanno con il proprio patrimonio delle obbligazioni sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, così come disposto dall'articolo 2476 del codice civile.

In sostanza rimane nella piena responsabilità dell'amministratore giudiziario disporre circa le modalità di come in concreto strutturare gli assetti organizzativi al fine di soddisfare i criteri di adeguatezza e tempestività nell'intercettare significativi indizi di crisi nonché poter assolvere ai doveri imposti dall'art.41 del codice antimafia.

### 3. Analisi sintetica di alcuni reati presupposto

#### 3.1. Premessa

La responsabilità penale degli enti è una fattispecie di responsabilità penale derivante da illecito amministrativo introdotta dal D. lgs. 231/2001 e dalla legge 146/2006. Il Decreto legislativo 231 del 8 giugno 2001, n. 231, relativo a *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica* attua la legge delega n. 300/2000 e ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità penale degli enti.

Si tratta di una norma che rende responsabile l'ente per i reati posti in essere dai suoi amministratori, dirigenti o dipendenti nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente stesso.

Prima dell'emanazione del D. lgs. 231/2001 non vi era un sistema normativo che prevedesse conseguenze sanzionatorie dirette nei confronti di enti per i reati posti in essere a vantaggio di questi ultimi da amministratori, dirigenti o dipendenti: l'unica sanzione prevista era l'applicazione di multe ed ammende.

Il D. lgs. 231/2001 si rivolge agli enti forniti di personalità giuridica, società fornite di personalità giuridica e associazioni anche prive di personalità giuridica. Sono esclusi lo Stato, enti pubblici territoriali ed enti con funzioni di rilievo costituzionale.

Come indicato all'art. 5, lettera a, del D. lgs. 231/2001, sono interessati i soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'Ente stesso o di una sua unità

organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale o che ne esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo.

All'art. 5, lettera b, sono indicate le persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

Viene, tuttavia, esclusa la responsabilità dell'ente nel caso in cui le persone che ricoprono incarichi apicali e quindi dirigenziali, ovvero soggette "all'altrui direzione" hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Lo stesso D. lgs. 231/2001 prevede la possibile esclusione di responsabilità nel caso in cui la società abbia adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali anche mediante l'istituzione di un organo di controllo interno all'ente con il compito di vigilare sull'efficacia del modello, da cui nasce il termine modello 231 nelle aziende.

#### 3.2. Reati Societari

##### 3.2.1. Cenni normativi

L'amministratore giudiziario, nella gestione dell'azienda in sequestro, sin dalle prime fasi della presa in carico, affronta svariati problemi, diversificati nella natura e nelle soluzioni a seconda della tipologia d'impresa, delle caratteristiche del mercato di riferimento e del contesto territoriale.

Inoltre, si aggiunge l'esigenza di contrastare le ripercussioni (negative) derivanti dall'introduzione di un regime di legalità che, in un contesto precedentemente regolato da logiche e norme "proprie" del sodalizio criminale, può facilmente determinare una destabilizzazione dell'assetto aziendale.

In tale ambito, impatta il Decreto legislativo 231/2001 ed in modo particolare la disciplina sui reati societari di cui all'art.25ter, laddove, spetterebbe all'amministratore giudiziario attuare le modalità di azione atte alla prevenzione, riduzione del rischio e alla dissuasione dal porre in atto condotte fraudolente quali ad esempio creazione di fondi extra contabili (cd. "fondi neri") a danno dell'impresa o quale strumento per la realizzazione di reati di natura corruttiva.

Nella fattispecie occorre considerare il comma 1, punto s-bis dell'art.25-ter del D. lgs 231/2001 che dispone sul delitto di corruzione tra privati, nei casi previsti dal terzo comma dell'articolo 2635 del codice civile, laddove si prevede la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote e, nei casi di istigazione di cui al primo comma dell'articolo 2635-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote. Si applicano altresì le sanzioni interdittive previste

dall'articolo 9, comma 2.

Appare evidente che nell'ambito della *governance* dell'azienda posta in sequestro, il sistema di controllo interno assume un ruolo centrale, posto che l'amministratore giudiziario nelle fasi iniziali dell'incarico è tenuto ad assolvere le disposizioni del combinato disposto del codice antimafia di cui agli artt. 40 e 41 che prevede che entro i termini ivi previsti, l'amministratore presenti una "relazione particolareggiata sulla base degli ulteriori dati acquisiti", illustrando l'eventuale "sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività"; volta ad ottenere l'approvazione e conseguente nulla osta del Tribunale (ex art. 41, c.1-*sexies*) per la prosecuzione dell'attività.

Inoltre, l'art. 35-*bis* c.2, prevede che dal sequestro, e sino all'approvazione del programma di cui all'art.41, comma 1, lettera c), "per un periodo di sei mesi dalla notificazione dell'accertamento è sospesa l'irrogazione delle sanzioni ed entro lo stesso termine l'amministratore giudiziario procede alla sanatoria delle violazioni eventualmente riscontrate, presentando apposita istanza alla pubblica amministrazione interessata, sentito il giudice delegato".

Ebbene, da tali premesse e nell'ottica dirimente di cui all'art.25-*ter* suddetto, è necessario affidarsi ai pilastri del modello organizzativo 231 che in modo operativo possono offrire un valido contributo per delineare una guida nel contesto del più ampio sistema di controllo interno in conformità ai modelli di riferimento forniti dagli organismi internazionali.

### 3.2.2. Strumenti di gestione del rischio

Entriamo quindi nella sfera del più evoluto standard della gestione del rischio che è rappresentato dal sistema ERM - *Enterprise Risk Management Framework*, che si fonda su otto elementi essenziali che possono essere messi in relazione con l'assetto per un efficace modello organizzativo 231.

<u>ERM</u>	<u>Mod.231</u>
Ambiente Interno _____	Codice etico/231
Definizione obiettivi _____	Emanazione modello
Identificazione eventi _____	Analisi aree e rischi
Valutazione rischi _____	Procedure aziendali
Risposta al rischio _____	<i>Compliance</i>
Informazione e comunicazione _____	Flussi informativi
Monitoraggio _____	ODV

Tra i principali modelli di riferimento del sistema di controllo interno spicca senza dubbio il COSO – *International Control-integrated Framework* emesso dal *Committee of sponsoring Organizations of the Treadway Commission* negli Stati Uniti.<sup>6</sup>

In tal caso gli strumenti di controllo vengono implementati con l'obiettivo di escludere la possibilità di concludere operazioni fittizie e non corrispondenti ai reali accadimenti contabili.

A tal proposito, ai fini dell'individuazione degli schemi di frode è possibile far riferimento ad una delle principali organizzazioni antifrode "Association of Certified Fraud Examiners" (ACFE) che riconduce i possibili schemi di frode in tre macrocategorie:

- Frodi di bilancio (*financial statement fraud*): trattasi di commissione di uno o più atti illeciti al fine di rappresentare la situazione economico, finanziaria e patrimoniale dell'azienda in modo alterato e ingannevole;
- Appropriazione indebita di beni (*asset misappropriation*): comprende tutti quegli schemi illeciti aventi ad oggetto forme di malversazione e distrazione di risorse e patrimonio aziendale. In particolare, l'appropriazione indebita può riguardare denaro, beni materiali diversi dalle disponibilità liquide, beni immateriali. Questa categoria di frode rappresenta, secondo l'ACFE, quella più diffusa.
- Corruzione (*corruption*): riguarda tutti quei comportamenti di abuso di potere, di autorità, o di conoscenza attuati con l'intento di attribuire un illegale o ingiusto vantaggio o beneficio proprio o di determinati soggetti sia esterni sia interni all'organizzazione.

Spetta quindi all'impresa individuare i presidi di controllo di linea utili all'analisi e gestione dei rischi relativi ai processi aziendali.

Si riportano a titolo esemplificativo alcuni strumenti di controllo di linea:

- Nella gestione delle vendite e del credito, un processo di affidamento della clientela che tenga conto degli esiti di un'attività di qualifica volta a valutare la solvibilità della controparte che risulta essere fondamentale. In tal modo, preventivamente a ciascuna conferma d'ordine, il processo consentirebbe una verifica dell'affidamento del cliente;
- Nei rapporti con i fornitori, i controlli di linea dovrebbero prevedere un'attenta qualifica della controparte e una valutazione del rispetto dei requisiti richiesti per lo svolgimento dell'attività oltre che delle caratteristiche di onorabilità (es. *compliance* alla normativa ex D. lgs. 231/01) e di solvibilità.
- nella gestione della finanza aziendale, sarebbe importante definire dei *Key Performance Indicators* che siano utili alla valutazione dell'impianto del processo atto all'individuazione dell'equilibrio economico-

finanziario. Si riportano di seguito alcuni degli indicatori ritenuti utili:

- ROI (*Return on Investments*) inteso come il rapporto tra il reddito operativo (derivante dalla sola gestione caratteristica) e il capitale investito netto operativo. In particolare, confrontare il ROI dell'impresa con il ROI medio di settore potrebbe far emergere una redditività degli investimenti inferiore rispetto alla media di settore, questo potrebbe significare un'errata politica di investimenti che, se prontamente individuata, potrebbe portare la società a puntare su investimenti a più alta redditività attesa;
- *Interest Cover Ratio*, inteso come rapporto tra il reddito operativo e gli interessi passivi. Valori ridotti di tale indicatore segnalano come l'impresa non riesca, tramite i flussi generati dalla propria gestione operativa, a far fronte agli interessi passivi generati dalle proprie fonti di finanziamento. Per ridurre il livello di rischio la società potrebbe rinegoziare il proprio debito o massimizzare gli sforzi al fine di aumentare i flussi di cassa prodotti dalla propria gestione caratteristica;
- il rapporto tra FCFO (Flusso di cassa della gestione operativa) e l'ammontare delle passività a breve, similmente all'indicatore precedente, segnala la capacità dell'impresa di far fronte ai propri impegni a breve termine (intesi come i debiti a scadenza entro i 12 mesi) con i flussi di cassa prodotti dalla propria gestione operativa.

Al fine di garantire che gli aspetti declinati siano rispettati dall'ente si potrebbe adottare una linea di indirizzo che contempli: un principio di proporzionalità delle sanzioni, intensificando la funzione di *compliance*, al fine di valutare la corretta conformità normativa e di salvaguardare la società dal rischio di non conformità con riferimento ai danni reputazionali; valorizzazione delle buone condotte nel corso di monitoraggio dei processi a fronte di una collaborazione trasparente con l'autorità giudiziaria e organizzazioni sociali virtuose.

La prospettiva è quella di contemplare delle *best*

*practice*, a titolo esemplificativo, sulla base dei seguenti strumenti:

- politiche di remunerazione e incentivazione che chiarifichino il sistema degli incentivi e delle remunerazioni agganciando la remunerazione dei dirigenti e del personale chiave ad una quota variabile della remunerazione, basata su meccanismi di determinazione oggettivi, trasparenti e verificabili;
- sistema sanzionatorio che preveda livelli di sanzioni e le relative modalità di applicazione relative a differenti tipologie di violazioni (*compliance* di norme o procedure interne, norme di legge);
- facilitare il sistema di segnalazione delle violazioni (*whistleblowing*) volto a permettere la segnalazione anche in forma anonima di potenziali fenomeni fraudolenti e, in generale situazioni pericolose. Il sistema di segnalazione dovrebbe coinvolgere clienti, partner commerciali, ect.

Tali meccanismi, a fronte di una riorganizzazione concordata con il giudice, può offrire all'impresa una seconda opportunità per ripartire. Infatti, rispetto a quanto già previsto dal decreto 231/2001, in un'ottica di collaborazione con l'autorità giudiziaria, l'impresa potrebbe contare sulla continuità aziendale e in un diverso e successivo giudizio dello stesso reato su un modello che ragionevolmente potrebbe risultare idoneo ad escluderne la responsabilità. Il tutto con la possibilità di favorire e garantire la stessa continuità aziendale con la gestione dell'attività oggetto di sequestro e confisca da affidare, ad esempio, a terzi.

### 3.3. Reati fiscali

#### 3.3.1. Cenni normativi

L'inclusione di alcune fattispecie di reato di natura tributaria fra i reati presupposto rilevanti ai fini dell'applicazione del D. lgs. n. 231/2001 trova la sua fonte normativa nell'articolo 39 della Legge n. 157 del 19 dicembre 2019 (entrata in vigore il 25 dicembre 2019) che ha convertito il D.L. n. 124/2019 (c.d. "Decreto Fiscale").

L'introduzione, nel panorama giuridico nazionale, dell'articolo 25-*quiquiesdecies* del D. lgs. n. 231/2001 con la conseguente responsabilità amministrativa nei confronti dell'ente o persona giuridica comunque denominata e delle associazioni non riconosciute per i reati lesivi degli interessi erariali in materia di imposta sul valore aggiunto e/o in materia di imposte sui redditi risponde, si legge nella relazione illustrativa, "..... all'esigenza di intervenire sulla normativa di contrasto all'evasione delle imposte sui redditi o

*a quella sul valore aggiunto inasprendo il limite edittale della sanzione applicabile, innalzando sia il limite minimo sia quello massimo. Ciò vale tanto per le pene detentive che per quelle pecuniarie. L'aumento di pena funge da monito e deterrente ad un comportamento illecito, diffuso in alcune categorie del settore del commercio”.*

Con effetti a far data dal 24 dicembre 2019 sono stati inseriti nell'ambito dei reati presupposto:

- la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'articolo dall'articolo 2, commi 1 e 2 bis del D. lgs. n. 74/2000;
- la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'articolo 3 del D. lgs. n. 74/2000;
- l'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'articolo 8, commi I, II e II bis del D. lgs. n. 74/2000;
- l'occultamento o distruzione di documenti contabili di cui all'articolo 10 del D. lgs. n. 74/2000;
- la sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte disciplinata dall'art. 11 del D. lgs. n. 74/2000.

In attuazione della direttiva UE 2017/1371 (c.d. "Direttiva PIF"), il D. lgs. n. 75/2020 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15 luglio 2020) ha integrato l'articolo 25-*quinquiesdecies* del D. lgs. n. 231/2001, introducendo il comma 1-*bis* ai sensi del quale se i delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, sono commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro, si applicano sanzioni pecuniarie di entità ancora più elevata.

In aggiunta al complesso delle sanzioni pecuniarie, variabili da un minimo di 400 quote ad un massimo di 500 quote, il legislatore ha previsto l'applicazione di sanzioni interdittive quali il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi nonché la applicabilità - per effetto del combinato disposto degli articoli 9 e 19 al D. lgs. n. 231/2001 - della confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo o profitto del reato.

Come correttamente evidenziato nella Circolare della Guardia di Finanza n. 216816/2020 del 1° Settembre 2020 questa disposizione rappresenta una novità di grande importanza *“dal momento che in precedenza, fuori dai casi in cui la persona giuridica rappresentava un mero schermo fittizio, la giurisprudenza di legittimità riteneva che i beni*

*sociali fossero confiscabili (e dunque sequestrabili) soltanto attraverso la confisca diretta prevista dall'articolo 240 del codice penale”.*

In un siffatto mutato contesto normativo, la gestione del “rischio” connesso alla variabile fiscale diventa una attività indefettibile per il rispetto dei principi di corretta gestione aziendale e la necessaria attività di delimitazione ed attenuazione del rischio di commissione dell'illecito non può prescindere dall'adozione di idonee misure preventive (procedure e controlli interni) e dall'aggiornamento dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, al fine di adeguarli alle mutate esigenze della società e del contesto normativo all'interno del quale essa opera.

L'introduzione dei delitti tributari tra i reati presupposto responsabilizza direttamente gli enti per situazioni che in precedenza li coinvolgeva solo di riflesso in quanto “causa” (si pensi agli effetti dell'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti nell'ambito del reato di false comunicazioni sociali) o “effetto” (autoriciclaggio) di altre fattispecie di reato.

Nonostante alcuni reati tributari assumessero una *“rilevanza indiretta”* quali fattispecie prodromiche alla realizzazione di alcuni reati inclusi nel perimetro applicativo del decreto”, ancor prima delle modifiche apportate dalla Legge 156/2019, l'adozione di un adeguato sistema di “compliance fiscale” o, ove già esistente, la verifica dell'effettivo suo funzionamento, il puntuale inquadramento dei processi aziendali e delle eventuali aree di rischio di commissione dei reati tributari previsti dall'art. 25-*quinquiesdecies* del D. lgs. n. 231/2001 in funzione delle specificità aziendali ed un aggiornamento del “*risk assessment*”, rappresentano attività imprescindibili se si vuole raggiungere l'obiettivo di mitigare il rischio di commissione dei reati tributari e preservare l'ente dalla irrogazione delle relative sanzioni.

Le aree aziendali potenzialmente coinvolte dalla eventuale commissione di reati tributari coinvolgono oltre alla funzione amministrativo contabile - direttamente chiamata in causa in tutte le attività connesse alla prevenzione dei reati collegati all'omesso versamento delle imposte, alla indebita compensazione di crediti tributari, alla predisposizione degli adempimenti dichiarativi in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e/o all'emissione e all'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti - anche altre funzioni aziendali che potrebbero apparire a prima vista distanti in quanto non direttamente coinvolte nel processo (funzione finanziaria) ma che, comunque, potrebbero assumere un ruolo chiave nella commissione del reato fino a coinvolgere i

rapporti con i professionisti esterni all'azienda cui venga demandata la gestione dell'area fiscale dell'ente.

In quest'ottica, l'amministratore giudiziario nella gestione dell'azienda in sequestro dovrà dedicare particolare attenzione a tutte le ipotesi in cui, pur in assenza di un diretto coinvolgimento con l'area specificamente "tributaria", le funzioni aziendali possono comunque avere riflessi potenzialmente rilevanti per la commissione dei reati tributari quali, a mero titolo esemplificativo, la gestione acquisti di beni e servizi, la gestione vendite di beni e servizi, la gestione del magazzino, la gestione del personale, la gestione delle sponsorizzazioni e delle spese di rappresentanza.

L'ineffettività di un adeguato sistema di controllo e prevenzione assume maggior rilevanza se solo si consideri che, come già evidenziato nelle righe che precedono, per effetto del combinato disposto degli articoli 9 e 19 del D. lgs. n. 231/2001, è prevista l'applicazione della confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo o profitto del reato, misure tradizionalmente *"utilizzate nei confronti della criminalità organizzata e d'impresa"*.

### **3.3.2. Strumenti di controllo del rischio fiscale: il Tax Control Framework.**

Il sistema di controllo dedicato al presidio del rischio fiscale (TCF<sup>8</sup>) previsto per le imprese di maggiori dimensioni dall'articolo 3 del D. lgs. 5 agosto 2015, n. 128 - che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 6 della legge 11 marzo 2014, n. 23, ha introdotto nell'ordinamento un regime di adempimento collaborativo al fine di promuovere forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata tra l'Amministrazione finanziaria e i contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale - può rappresentare un'utile base di partenza per la gestione ed il controllo del rischio di frode fiscale ai fini del D. lgs 231/2001 da parte dell'ente.

La sopra menzionata Circolare del Comando Generale della Guardia di Finanza n. 216816/2020, a tal riguardo, pur evidenziando che i due modelli non sono "perfettamente sovrapponibili" fra loro in considerazione della diversa ampiezza dell'area normativa in cui essi operano, della diversa natura dell'organismo cui l'attività di *compliance* è demandata e, da ultimo, dell'assenza nel TCF della previsione di uno specifico regime sanzionatorio in caso di violazione delle previsioni in esso contenute, chiarisce che *"quanto meno con riguardo alle aree comuni ai due sistemi, il positivo giudizio espresso dall'Agenzia delle Entrate ai fini dell'ammissione all'adempimento collaborativo possa costituire un utile elemento di valutazione dell'efficacia esimente*

*del modello previsto dal decreto legislativo n. 231/2001, da rimettere alle autonome valutazioni della competente Autorità Giudiziaria"*.

Per quanto concerne i requisiti essenziali del sistema di controllo del rischio fiscale, il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 14 Aprile 2016<sup>9</sup> (Prot. N. 54237/2016) definisce "efficace" il sistema in grado di garantire:

- un presidio costante sui processi aziendali e sui conseguenti rischi fiscali consentendo all'ente di adempiere al meglio ai doveri di trasparenza e collaborazione;
- la promozione di una cultura aziendale improntata a principi di onestà, correttezza e rispetto della normativa tributaria, assicurandone la completezza e l'affidabilità, nonché la conoscibilità a tutti i livelli aziendali.

A tali fini il sistema deve:

- contenere una chiara e documentata strategia fiscale nella quale siano evidenziati gli obiettivi dei vertici aziendali in relazione alla variabile fiscale. La strategia deve riflettere la propensione al rischio della impresa, il grado di coinvolgimento dei vertici aziendali nelle decisioni di pianificazione fiscale e gli obiettivi che l'impresa si pone in relazione ai processi di gestione del rischio fiscale;
- assicurare una chiara attribuzione di ruoli a persone con adeguate competenze ed esperienze, secondo criteri di separazione dei compiti. Il sistema deve altresì esplicitare le responsabilità connesse ai ruoli in relazione ai processi di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale e garantire il rispetto delle procedure a tutti i livelli aziendali;
- prevedere efficaci procedure per lo svolgimento delle attività di "rilevazione del rischio" (mappatura dei rischi fiscali associati ai processi aziendali), "misurazione del rischio" (determinazione dell'entità dei rischi fiscali in termini quantitativi e qualitativi) e "gestione e controllo del rischio" attraverso la definizione e attuazione dell'azione o dell'insieme di azioni finalizzate a presidiare i rischi e prevenire il verificarsi degli eventi;
- prevedere efficaci procedure di monitoraggio che, attraverso un ciclo di autoapprendimento, consentano l'individuazione di eventuali carenze o errori nel funzionamento dello stesso e la conseguente attivazione delle necessarie azioni correttive;
- adattarsi ai principali cambiamenti che riguardano l'impresa, ivi comprese le modifiche della legislazione fiscale;
- prevedere, con cadenza almeno annuale, l'invio di una relazione agli organi di gestione,

per l'esame e le valutazioni conseguenti, contenente gli esiti dell'esame periodico e delle verifiche effettuate sugli adempimenti tributari, le attività pianificate, i risultati connessi e le misure messe in atto per rimediare alle eventuali carenze emerse a seguito di monitoraggio;

- basarsi su flussi informativi accurati, completi, tempestivi e facilmente accessibili e garantire la circolazione delle informazioni a tutti i livelli aziendali.

Anche se, l'accesso all'adempimento collaborativo è subordinato al superamento di specifiche soglie dimensionali, l'approccio metodologico per l'identificazione di rischi e controlli previsto dal TCF può rappresentare un utile strumento anche per le imprese di minori dimensioni.

### 3.3.3. Il ruolo dell'OdV nella prevenzione dei reati tributari

Il ruolo dell'OdV nell'ambito dell'aggiornamento del modello di organizzazione, gestione e controllo alle nuove fattispecie di reato non si esaurisce nella mera richiesta di aggiornamento del modello estendendosi alla verifica della effettiva diffusione e comprensione del modello aggiornato e dello svolgimento delle attività di formazione fino alla programmazione del piano di *audit* da effettuare, includendovi i processi a rischio-reato identificati nella fase di *risk assessment* fra i quali, *in primis*, dovrà essere considerata l'area contabile amministrativa.

Essenziale sarà, a tal riguardo, la verifica dell'esistenza e della corretta applicazione di alcune procedure che ove adeguatamente utilizzate potrebbero utilmente aiutare l'ente a minimizzare i rischi delle principali condotte in cui si sostanziano i reati tributari:

- Procedura per il controllo dei documenti da contabilizzare;
- Procedura relativa alla gestione degli archivi aziendali con la previsione, ad esempio, di uno specifico *set* documentale da acquisire in sede di introduzione del cliente nell'anagrafica della società (visura camerale, certificato attribuzione di partita IVA, ecc.);
- Procedura per la gestione del ciclo attivo di vendita ed incasso;
- Procedura per la gestione del ciclo passivo, fatturazione e pagamento;
- Procedura per la gestione dei flussi informativi tra soggetti apicali, organismi di *governance* ed organismi di controllo;
- Previsione di un albo fornitori con evidenziazione dei documenti necessari da presentare ai fini dell'inserimento di ogni singolo nominativo (visura camerale, certificato attribuzione di

partita IVA, bilancio di esercizio, ecc.);

- Procedura di verifica dell'esatto ammontare degli importi a credito compensabili attraverso la verifica costante delle risultanze del cassetto fiscale dell'ente;

L'Organismo di Vigilanza, infine, dovrà verificare se il sistema di flussi informativi previsti sia in grado di "coprire" anche il rischio fiscale, considerata la natura "trasversale" che può assumere lo stesso. La reintroduzione del "regime di legalità", requisito necessario per il reinserimento dell'azienda oggetto di sequestro nel mercato di riferimento e l'eventuale affidamento a terzi della gestione della stessa, passerà necessariamente attraverso l'adozione di idonee misure di prevenzione dalle "forme più insidiose di frode ed evasione fiscale suscettibili di pregiudicare la sicurezza economico finanziaria del Paese al pari delle più gravi manifestazioni della criminalità del profitto".

### 3.4. Reati informatici

#### 3.4.1. Cenni normativi

Per quanto concerne l'insieme dei reati informatici presupposto, inizialmente il D. lgs. 231/2001 non prevedeva la responsabilità dell'ente per tutti i reati informatici, ma soltanto per quelli di frode informatica commessa a danno dello Stato o di altro Ente pubblico (art. 24), di assistenza a gruppi terroristici apprestata fornendo strumenti di comunicazione (art. 25-*quater*), di distribuzione, cessione e detenzione di materiale pedopornografico (art. 25-*quinquies*, comma 1, lett. c).

La Legge 48/2008 che ha ratificato la Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa sul *cybercrime* del 23 novembre 2001 ha apportato varie modifiche sia al codice penale che a quello di procedura penale, introducendo delle correlate variazioni al D. lgs. 231/01, inserendo alcune fattispecie di reato, prima assenti, fra i reati presupposto, estendendo quindi la responsabilità amministrativa degli enti ai seguenti reati informatici:

- falsità in un documento informatico (art. 491-*bis* c.p.)
- accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* c.p.): per *sistema informatico o telematico* si intende un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, cioè tutto ciò che gestisce ed elabora dati in formato digitale
- detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615-*quater* c.p.)
- diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615-*quinquies* c.p.)

- intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-*quater* c.p.)
- installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 615-*quinquies* c.p.)
- danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-*bis* c.p.)
- danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635-*ter* c.p.)
- danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-*quater* c.p.)
- danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635-*quinquies* c.p.)
- frode informatica del certificatore di firma elettronica (art. 640-*quinquies* c.p.)

### 3.4.2. Il sistema sanzionatorio

Nell'ambito dei reati connessi alla gestione dei dati occorre considerare che, oltre alle sanzioni previste dalla 231, nel caso di specie potrebbe trovare applicazione anche quanto previsto dal GDPR Regolamento UE 2016/679.

Il sistema sanzionatorio del D.lgs. 231/01, a livello di importo, potrebbe sembrare di importo "contenuto" in confronto alle sanzioni in caso di violazioni dettate nel GDPR (v. Articolo 83) che in alcuni casi potrebbero raggiungere l'importo di 10 o 20 milioni di euro (secondo il tipo di infrazione) o al 2% o 4% del fatturato mondiale annuo riferito all'esercizio precedente.

Un sistema sanzionatorio di minor importo, dunque, in quanto la somma può arrivare ad un massimo di poco più di 1,5 milioni di euro secondo un sistema basato su quote fissate in prima valutazione dal giudice che ne determina il numero (non inferiore a 100 e non superiore a 1000) e, in seconda valutazione, dall'organo giurisdizionale a cui spetta il compito di stabilire il valore pecuniario della quota il cui ammontare massimo è di 1549 euro, stabilito in considerazione di alcune variabili: gravità del reato, grado di responsabilità dell'ente, volontà e azioni riparatorie e azioni di riorganizzazione aziendale.

Da qui la determinazione del caso di massimo importo citato poc'anzi:  $1.549 \times 1.000 = 1.549.000$  di euro. È però bene precisare che, se detto importo potrebbe sembrare irrisorio ad una grande e solida multinazionale, non sarebbero affatto irrisori altri effetti che un reato delle fattispecie elencate nel decreto potrebbe comportare:

- sanzioni interdittive

- confisca
- pubblicazione della sentenza

Le sanzioni interdittive prevedono un vero e proprio fermo dell'esercizio dell'attività a cui si possono aggiungere la sospensione o revoca di autorizzazioni, licenza o concessioni; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (con talune eccezioni legate all'erogazione di prestazioni di un pubblico servizio); l'esclusione da finanziamenti, sussidi, agevolazioni e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzazione dei propri servizi e/o prodotti.

Una sanzione interdittiva possa bloccare quasi totalmente l'attività di un Ente a cui occorre aggiungere una grave conseguenza di reputazione e che, in molti casi, potrebbe tradursi in una totale uscita dal mercato.

Se il reato fosse commesso da Amministratori di Sistema, potrebbero inoltre esserci delle aggravanti. L'AdS è infatti un professionista a cui risulterebbe molto facile commettere un illecito e successivamente cancellarne le tracce, ragion per cui, le azioni di questa figura professionale devono poter essere in qualche modo controllate/verificabili secondo le disposizioni di quanto disposto dal Garante (*Misure e accorgimenti prescritti ai titolari dei trattamenti effettuati con strumenti elettronici relativamente alle attribuzioni delle funzioni di amministratore di sistema*).

Una violazione del D.lgs. 231 potrebbe quindi mettere in luce altre violazioni di altra natura: nel caso appena preso in esame potrebbero essere evidenziate carenze come, per esempio, una mancanza di access log, che devono essere trattati con particolari criteri per garantirne la completezza, integrità, l'inalterabilità e la possibilità di tracciare ogni evento.

L'ente potrebbe essere esente da responsabilità se prova, ad esempio, di aver adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo ("MOGC") adeguato, o se la persona che ha commesso il reato è riuscita a commetterlo eludendo fraudolentemente il modello. Le sanzioni potrebbero essere in taluni casi evitate, in altri, notevolmente ridotte se l'ente si è adoperata per risarcire totalmente il danno e le conseguenze provocate dall'illecito.

Appare evidente che nei reati 231 (come pure nel GDPR del resto) la dimostrazione di aver adottato le misure logiche e organizzative idonee è fondamentale.

### 3.4.3. Strumenti di prevenzione

Le soluzioni, che l'Amministratore Giudiziario, nella sua attività gestoria può, deve, porre in essere per evitare il manifestarsi dei presupposti di tali reati si possono così sinteticamente riassumere:

1. dotarsi di un modello di organizzazione, gestione e controllo ("MOGC") che, ricordo, non ha in nessun caso carattere di obbligatorietà ma esplica un'efficace azione preventiva;
2. implementare controlli e applicare misure tecniche e organizzative adeguate per prevenire tali fattispecie di frodi e che, nella maggior parte dei casi risultano utili anche per la prevenzione di altri illeciti, per esempio di non conformità al GDPR;
3. aderire a standard internazionali, in particolare allo standard ISO 27001 (norma internazionale per i Sistemi di Gestione della Sicurezza delle Informazioni denominata anche SGSI) e ISO27002 o altri standard in relazione a specifiche esigenze di *Business* (ad esempio un *Cloud Provider* potrà fare riferimento alle norme ISO/IEC 27017 e ISO/IEC 27001 (molto utile, a titolo di esempio, l' *Annex B* della norma ISO/IEC 27017:2015 che ha riferimenti ai rischi per la sicurezza relativi al *cloud computing* e che ha un focus specifico sia sul *cloud service customer* (CSC) sia sul *cloud service provider* (CSP).

L'adesione a modelli di gestione e norme internazionali non è obbligatoria, non rende automaticamente l'ente "*compliant*" anche al GDPR e alla normativa *Privacy* nazionale (D. lgs. 196/2003 novellato dal D. lgs. 101/2018) e neppure esula l'organizzazione da altri adempimenti, se previsti: tuttavia questi modelli, norme e standard che agiscono in armonia rafforzando ancor di più la tutela dell'Ente sono quindi da considerarsi come efficaci sostegni per la protezione di organizzazioni di qualsivoglia dimensione.

### 3.5. Reati contro la pubblica amministrazione

Facendo seguito a quanto già ricordato rispetto alle novità introdotte dall'Unione Europea con la Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF) in materia di reati fiscali (par. 4.3), recante norme per la "*lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*", recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 75 del 14 luglio 2020<sup>10</sup>, viene ampliato il catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa (o, se si preferisce, "*responsabilità parapenale*") da reato delle persone giuridiche, previsti nel D. lgs. 231/2001 secondo il principio di cui all'art. 3, comma 1, lett. e) della legge delega n. 117/2019<sup>11</sup>. Tali norme attuative si pongono in continuità rispetto al percorso di armonizzazione delle misure in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, avviato con la legge n. 300/2000 di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla tutela degli

interessi finanziari delle Comunità europee sottoscritta il 26 luglio 1995<sup>12</sup>. In particolare, il D. lgs n. 75/2020 introduce nuove fattispecie di reato all'elenco di quelli inseriti nel D. lgs. 231/2001 all'art. 24 e 25<sup>13</sup> del D. lgs. n. 231/2001 quali delitti contro la pubblica amministrazione. Infatti, con la modificazione dell'art. 24 viene inserito il reato di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 c.p. e quello di frode in agricoltura di cui all'art. 2 della L. n. 898/1986; mentre con le modifiche all'art. 25 vengono inseriti i reati di peculato di cui agli artt. 314 e 316 c.p. e il delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. la cui responsabilità per le persone giuridiche è tuttavia circoscritta ai soli casi in cui «il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea»<sup>14</sup>.

#### 3.5.1. Cenni normativi

La delega contenuta nella all'art. 11 della legge n.300/2000 ha sostanzialmente assicurato una più efficace azione di aggiornamento del quadro normativo nazionale rispetto all'esigenza di realizzare un unico impianto normativo tra i singoli stati europei al fine di assicurare una tutela uniforme degli interessi finanziari dell'Unione.

L'originaria delega aveva, infatti, previsto un ventaglio di reati più ampio di quelli poi individuati nel 2001, prevedendo comunque un naturale ampliamento negli anni.

Per cui legislatore delegato (il Governo) nella stesura del Decreto legislativo avvenuta nel giugno del 2001 ha voluto fortemente ridimensionare l'elenco del 2000 e, con l'iniziale formulazione degli artt. 24 e 25 del D. lgs. n. 231/2001, ha circoscritto il ventaglio a due soli gruppi di delitti:

- *indebita percezione di erogazioni; truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche; frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico*; in pratica, solo i reati previsti dagli artt. 316- bis, 316- ter, 640, comma 2, n. 1), 640- bis e 640- ter del Codice penale;
- *concussione e corruzione*; in pratica solo i reati previsti dagli artt. 317, 318, 319, 319- ter, comma 1, 321 e 322 del Codice penale.

Successivamente il catalogo delle ipotesi criminose dei reati originariamente racchiuse negli artt. 24 e 25 del Decreto 231, nel corso degli anni è stato progressivamente arricchito, si sono aggiunte diverse fattispecie relative alla *corporate criminality* quali: i reati societari (25-ter), *market abuse* (25-sexies) e il riciclaggio<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda, in particolare, i reati commessi nei rapporti con la pubblica amministrazione, è da osservare che ad oggi l'art. 24 del decreto include, tra le fattispecie-presupposto, la concussione,

l'induzione indebita a dare o promettere utilità e la corruzione; mentre l'art. 25 elenca l'indebita percezione di erogazioni, la truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e la frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico<sup>16</sup>.

Se all'inizio del nuovo millennio il legislatore aveva immaginato di non estendere il numero dei reati presupposto nell'ambito dei modelli "231", nel tempo si è dovuto ricredere fino ad includere nuove forme di reato verso la pubblica amministrazione precedentemente considerati alla stregua di reati di tenue entità. L'introduzione dell'euro e la necessità di contrastare i reati di falsificazione, come il riciclaggio di denaro fino alle misure di tutela dei lavoratori hanno spinto il legislatore a rivedere più volte l'ambito di indagine riferito ai reati presupposto. La stessa legge anticorruzione del 2012, di cui si rinvia al prossimo paragrafo, prevede un coordinamento tra le due normative di riferimento.

Più recentemente, la legge n. 69/2015, recante "*Disposizioni in materia di delitti contro la Pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*", è intervenuta su alcuni reati contro la Pubblica amministrazione (peculato, concussione, corruzione e induzione indebita), aumentandone le pene; ha modificato il reato di false comunicazioni sociali, il cui approfondimento si rimanda al par. 4.3, di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.; ed introdotto le fattispecie di cui agli artt. 2621-bis "Fatti di lieve tenuità" e l'art. 2621-ter "Non punibilità per particolare tenuità" al Codice civile e incide sull'art. 25-ter relativamente ai reati societari del D. lgs. n. 231/2001.

Inoltre, si aggiunge alla riforma del 2015 quella recentissima attuata per il tramite della legge n. 3/2019 recante "*Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*" (cd. legge spazza corrotti), che introduce la fattispecie di "traffico di influenze illecite", prevista dall'art. 346-bis c.p., oltre ad inasprire le sanzioni interdittive previste per i reati di cui all'art. 25 del Decreto e a rendere perseguibili a querela di parte il reato di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.).

A fronte di un inasprimento delle sanzioni, altresì, la Legge n. 3/2019 introduce nell'art. 25 del D. lgs. 231/2001 il comma 5-bis, in virtù del quale le sanzioni interdittive trovano applicazione in modalità ordinaria nel caso in cui, prima della sentenza di primo grado, l'ente si sia efficacemente adoperato per evitare ulteriori conseguenze dell'attività illecita, assicurare le prove dei reati e individuarne i responsabili, ovvero per il sequestro

delle somme o altre utilità trasferite e, inoltre, abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi<sup>17</sup>. Tali forme di contemperamento delle sanzioni, pecuniaria ed interdittiva, è comunque in concorrenza con la disciplina dell'art.17 (ad eccezione della condizione relativa alla messa a disposizione del profitto), in quanto è presumibile immaginare che il reo preferirà avvalersi della facoltà dell'esenzione piuttosto che della riduzione.

### **3.5.2. Le recenti novità normative in materia di reati contro la pubblica amministrazione**

Come anticipato nelle premesse il decreto legislativo n.75 del 14 luglio 2020 si occupa non solo di apportare modifiche al codice penale (art.1), in ottemperanza ai criteri di armonizzazione della legislazione degli Stati membri come previsto dalla cd direttiva PIF, ma interviene anche sulla responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, anche prive di personalità giuridica, apportando (art 5) numerose modifiche al D. lgs. 231 dell'8 giugno 2001. In particolare, rispetto ai delitti contro la pubblica amministrazione, sono state inserite nuove fattispecie di reato quali peculato, abuso di ufficio e frode nelle forniture; inasprite le sanzioni in caso di mancata adozione, presidio del modello di gestione, organizzazione e controllo previsto dalla normativa di riferimento (cd modello "231").

Reati contro la Pubblica Amministrazione ed il patrimonio dello Stato inclusi tra i reati presupposto del modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al D. lgs.231/2001:

- Peculato (art. 314 del codice penale)
- Peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 del codice penale)
- Malversazione a danno dello Stato (art. 316-bis del codice penale);
- Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter del codice penale);
- Concussione (art. 317 del codice penale);
- Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 del codice penale);
- Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 del codice penale);
- Circostanze aggravanti (art. 319-bis del codice penale);
- Corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter del codice penale);
- Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater del codice penale)
- Corruzione di persona incaricata di un pubblico

- servizio (art. 320 del codice penale);
- Istigazione alla corruzione (art. 322 del codice penale);
- Peculato, concussione, corruzione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità o di assemblee parlamentari internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-*bis* del codice penale);
- Abuso di ufficio (art. 323 del codice penale);
- Traffico di influenze illecite (art. 346 – *bis* del codice penale);
- Frode nelle pubbliche forniture (art. 356 del codice penale).
- Truffa a danno dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1, del codice penale);
- Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* del codice penale);
- Frode informatica (art. 640-*ter* del codice penale).

In particolare, il catalogo dei reati presupposto è stato integrato, come già anticipato, con il reato di frode nelle pubbliche forniture (356 c.p.) e con il reato di appropriazione indebita o distrazione di fondi comunitari, commesso da chi “*mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, consegue indebitamente, per sé o per altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale*” (articolo 2 della Legge 898/1986 in materia di aiuti comunitari al settore agricolo)<sup>18</sup>. Inoltre, il legislatore delegato, sempre con il D. lgs. 75/2020, è anche intervenuto sull'articolo 25 del D. lgs. n. 231/2001, includendo nell'elenco dei delitti:

- il peculato (art. 314, comma 1, c.p.), che punisce con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi “*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria*”;
- il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.) che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni “*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o ad altra utilità*”.
- l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) che punisce il pubblico ufficiale, che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di

astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto

Rispetto a tali novità occorre osservare che la disposizione che amplia il novero dei reati presupposto di responsabilità amministrativa degli enti, inserendovi i reati di peculato, peculato per profitto dell'errore altrui e abuso d'ufficio<sup>19</sup> (non specificando che deve trattarsi di fattispecie lesive degli interessi finanziari dell'Unione) andrebbe valutata alla luce della disposizione di delega che si limita a prescrivere al Governo di integrare la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti con riguardo ai soli reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea<sup>20</sup>.

Ampliando il punto di osservazione, fatta salva la discriminante dei nuovi reati inseriti che potranno essere vagliati sulla base della lesione degli interessi finanziari dell'Unione, appare comunque opportuno promuovere, soprattutto per le società che intrattengono rapporti quotidiani e costanti con la pubblica amministrazione, l'aggiornamento dei modelli organizzativi delle imprese e degli enti in un'accezione più estesa, al fine di monitorare tutti i processi aziendali in cui sia prevedibile la concretizzazione di una tale condotta (verosimilmente tutti quelli che prevedono un contatto diretto o indiretto con pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio) e strutturarsi, più in generale, secondo un sistema idoneo a prevenire la commissione dei reati presupposto.<sup>21</sup>

### 3.5.3. L'anticorruzione ed i modelli “231” negli enti Pubblici

Il legislatore (compreso quello delegato) è intervenuto nel tempo per dare una risposta adeguata alle istanze di contrasto alla *mala gestio* provenienti dall'opinione pubblica con l'obiettivo di rendere l'amministrazione pubblica più efficiente, meno esposta ad illeciti da parte di amministratori e funzionari pubblici e arginare efficacemente il fenomeno corruttivo che, divenuto quasi endemico nel nostro paese, si presenta sempre più diffuso e contiguo alla criminalità organizzata. E' proprio attraverso la corruzione, infatti, le organizzazioni criminali si infiltrano nelle istituzioni e ne acquisiscono il controllo o, comunque, le utilizzano per trarne vantaggi economici e di altro tipo.

Tale intenzione si è poi concretizzata con l'emanazione della legge n.190/2012<sup>22</sup> che istituendo l'Autorità nazionale competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione (oggi ANAC) ha previsto un presidio più cogente in materia di

anticorruzione sulle amministrazioni, enti, società e organismi pubblici, inclusi quelli rientranti nell'ambito del controllo pubblico<sup>23</sup>. Nella legge n. 190/2012 viene confermato il ruolo delle misure di prevenzione della corruzione nell'ambito della P.A. attraverso un chiaro rinvio esplicito al D. lgs. n. 231 del 2001<sup>24</sup>.

Infatti, Il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.), redatto dall'Autorità Anticorruzione e aggiornato annualmente, costituisce atto di indirizzo per tutte le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici e privati a partecipazione pubblica in merito all'obbligo di estendere i propri modelli di organizzazione e gestione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione già previsti dal decreto "231", ma anche a quelli considerati nella L. n. 190 del 2012.<sup>25</sup>

Inoltre, il P.N.A., prevede, che i modelli di organizzazione e gestione adottati dagli enti pubblici o privati a partecipazione pubblica devono presentare il seguente contenuto minimo<sup>26</sup>:

- individuazione delle aree a maggior rischio di corruzione, incluse quelle previste nell'art. 1, comma 16, L. n. 190 del 2012, valutate in relazione al contesto, all'attività e alle funzioni dell'ente;

- previsione della programmazione della formazione, con particolare attenzione alle aree a maggior rischio di corruzione;
- previsione di procedure per l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi;
- individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- previsione dell'adozione di un Codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative;
- regolazione di procedure per l'aggiornamento;
- previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante;
- introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il perimetro di prevenzione per i reati contro la pubblica amministrazione: la disciplina sull'anticorruzione:

<b>Normativa</b>	<b>Ambito di applicazione nel settore pubblico</b>
D. lgs. n. 231/2001	- Enti pubblici economici. - Enti di diritto privato in controllo pubblico.
Legge n. 190/2012	- Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D. lgs. n. 165/2001. - Enti pubblici economici. - Enti di diritto privato in controllo pubblico.

A conclusione dell'analisi risulta chiaro che, attraverso le normative qui esaminate, il legislatore ha preso in considerazione aspetti differenti dei fenomeni delittuosi, in particolare:

Perimetro oggettivo differente	Mentre la legge n. 190/2012 colpisce "corruzione" e "illegalità", il D. lgs. n. 231/2001, invece, aggredisce una pluralità di condotte ben distinte, tra cui solo qualcuna riconducibile alla corruzione
Differenti soggetti da colpire	Anche per ciò che riguarda il quadro dei soggetti da sanzionare, il target principale è differente: nel caso della disciplina del 2001 sono le entità collettive, nel caso della legge anticorruzione pubblica sono, pur sempre, persone fisiche
Sistema sanzionatorio differente	Il D.Lgs. n. 231/2001 sceglie una via sanzionatoria originale, mentre la legge n. 190/2012 adotta il "metodo" tradizionale, pur parzialmente innovato

Ciò non vuol dire che le due discipline prese in esame non siano orientate nella medesima finalità, ovvero prevenire reati che possano derivare da condotte illecite, sistematizzare le responsabilità derivanti da tali condotte e richiedere un cambiamento organizzativo-comportamentale all'interno della singola Organizzazione (da un lato con il Modello organizzativo di gestione e controllo, dall'altro con il Piano anticorruzione)<sup>27</sup>.

#### Reati contro la pubblica amministrazione in tempo di Covid (artt. 24 e 25, D. lgs. n. 231/2001)

La pandemia da COVID-19 che ha caratterizzato pesantemente l'anno 2020, ha visto l'Italia tra i paesi più colpiti al mondo sia per il numero di morti sia per i tempi velocissimi di propagazione della malattia nei primi mesi dell'anno. Per contrastare la malattia il Governo Italiano ha fatto ricorso a decretazione d'urgenza emanando numerosi decreti che hanno progressivamente cercato di sostenere il paese e consentirne in un certo modo la ripresa, (il D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, cd. Decreto Cura Italia; il D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020, cd. Decreto Liquidità; il D.L. n. 34 del 19 maggio 2020, c.d. Decreto Rilancio; il D.L. n.76 del 16 luglio 2020, cd. Decreto semplificazioni; il D.L. n.104 del 14 agosto 2020, cd. Decreto Agosto; il D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, cd. Decreto ristori; il D.L. n. 149 del 9 novembre 2020, cd. Decreto risorti bis; il D.L. n. 154 del 23 novembre 2020, cd. Decreto ristori *ter*). Le misure economiche previste dalla normativa emergenziale sono numerose e sono rivolte a sostenere in particolar modo le imprese colpite dagli effetti negativi della pandemia; pertanto è facile immaginare come tale contesto possa favorire abusi finalizzati all'indebito ottenimento ed utilizzo da parte delle imprese (e non solo) di contributi, erogazioni e finanziamenti pubblici e costituire l'occasione per la commissione di uno dei "reati contro la Pubblica Amministrazione" previsti dagli artt. 24 e 25 D. lgs. n. 231/2001.

Un esempio potrebbe essere rappresentato dal reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.), ovvero connesso all'ipotesi in cui un dipendente della società, nella predisposizione di documenti o dati da trasmettere alle Autorità Pubbliche competenti per l'erogazione di finanziamenti/contributi pubblici per interventi atti a ridurre il rischio contagio, fornisca mediante artifici o raggiri informazioni non veritiere, mendaci o incomplete, inducendo in errore i funzionari pubblici, al fine di ottenere indebitamente l'erogazione di tali finanziamenti/contributi

Un altro esempio potrebbe essere rappresentato dal reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-*ter* c.p.), ovvero connesso all'ipotesi

in cui si ottengano indebitamente contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni da parte di un ente pubblico per interventi atti a ridurre il rischio contagio, mediante l'utilizzo o la presentazione di documenti falsi, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute.

È particolarmente chiaro che in questo contesto emergenziale sono numerosi i soggetti che possono incorrere in responsabilità amministrativa da reato contro la pubblica amministrazione.

Tra le possibili azioni da approntare immediatamente da parte degli enti interessati vi sono alcune di buon senso che certamente possono aiutare a prevenire la commissione di reati, come ad esempio:

- adottare protocolli aziendali aggiornati e adeguati per disciplinare il processo di formazione, verifica e approvazione dei documenti e dei dati da presentare alle Autorità pubbliche per l'accesso alle misure di sostegno;
- implementare specifici presidi di controllo volti a garantire la completezza e la correttezza della documentazione da presentare alle Autorità Pubbliche secondo criteri di trasparenza e tracciabilità delle operazioni;
- disciplinare il processo di rendicontazione, tramite la definizione di ruoli e responsabilità delle funzioni coinvolte in tale processo.

Questa particolare situazione emergenziale, ci consente nostro malgrado di fare alcune valutazioni di sistema in merito agli strumenti di presidio del rischio reato come il modello "231". Infatti, appare evidente a chi legge che l'autorità pubblica nella sua espressione più vasta non può assicurare un presidio e controllo sulle risorse che debbono raggiungere velocemente i settori economici in crisi e consentire gli operatori di restare "in vita". Si comprende infatti quanto una risposta sinergica tra dei sistemi di prevenzione e controllo interni degli enti e le autorità stesse possa realmente favorire la legalità ed il buon uso delle risorse pubbliche.

#### **3.5.4. Conclusioni**

Facendo riferimento alla prassi consolidata nell'ambito dell'attività legata all'implementazione e presidio dei modelli organizzativi e gestionali degli enti pubblici e privati, si può ritenere che l'adozione di tali modelli nella pratica sia rivelata nel tempo di gran lunga più impegnativa di quanto si fosse potuto in origine immaginare. Infatti, l'implementazione del modello, sempre se lo si voglia realmente far funzionare, non può prescindere da una riorganizzazione dell'ente interessato che deve vedere coinvolti in prima linea il management aziendale, e l'amministratore giudiziario di aziende

in sequestro di prevenzione svolge sostanzialmente tale ruolo, fino agli stessi comitati di vigilanza. Questi ultimi non potranno quindi limitarsi a controlli superficiali ed esteriori ma, in qualche misura, dovranno effettuare analisi anche su scelte manageriali, al fine di scongiurare i pericoli che si vogliono evitare proprio con l'adozione dei modelli organizzativi e di gestione. Sono funzionali a tali obiettivi anche le richiamate sinergie tra le due discipline previste dal D. lgs. 231/2001 e la legge 190/2012 che puntano a creare "anticorpi" organizzativi che necessitano l'adozione di una sofisticata e similare strumentazione giuridico-organizzativa. Il legislatore, prende atto, altresì, che monitoraggio, analisi e lotta svolti "dall'alto" (Stato) nei confronti degli illeciti dell'Organizzazione, non sono più esaustivamente efficaci al suddetto scopo e che occorre "coinvolgere" la singola struttura organizzativa (con auto-valutazione dei rischi, con proprio Codice di condotta, con autoctona definizione di un programma di prevenzione, con procedure interne, con un soggetto ad hoc, al suo interno, che si ponga al centro del sistema di prevenzione dell'Organizzazione).

In questa visione fortemente autonomistica, che si pone l'obiettivo ideale di costituire sistemi organizzativi autonomi e indipendenti in grado di autodeterminarsi, non possono essere, altresì, condivise le misure introdotte con le recenti norme anticorruzione (legge n.3/2019) che confliggono apertamente con gli obiettivi di prevenzione ex ante e di riorganizzazione *post delictum* espressamente perseguiti dal D. lgs. n. 231/2001. Non si condivide l'approccio repressivo nei confronti delle imprese che sulla base della qualità dell'autore del reato potrebbero essere sanzionati fino al punto di non poter garantire la sopravvivenza dell'organizzazione stessa (salvo per i casi di imprese con dimensioni importanti che svolgono servizi d'interesse pubblico per cui è possibile immaginare l'ipotesi di un commissariamento giudiziale) e per altro in contrasto con la ratio dell'art. 8 del D. lgs. n. 231/2001, in virtù del quale la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato.

In ultima analisi, il cambiamento normativo, espresso dalle richiamate discipline opportunamente rivisitate, rappresenta, per tante organizzazioni pubbliche e private divorate dalle "mala amministrazione", non solo il "dover essere", ma una straordinaria opportunità per rinvigorire la loro "salute organizzativa".

Alla luce di quanto detto con riferimento ai delitti verso la pubblica amministrazione, e ripensando alla sfida che interesserà il nostro sistema paese nei prossimi anni, emerge con chiarezza il ruolo

distinto e complementare delle autorità pubbliche e delle imprese. Occorre, a parere di chi scrive, approntare sistemi di organizzazione, gestione e controllo efficaci per limitare il rischio reato e al tempo stesso investire quanto più possibile nei settori rappresentati dal binomio: innovazione e qualità; ricerca e formazione; legalità e trasparenza; informatizzazione e semplificazione, un investimento ambizioso, ma necessario se si vuole assicurare la ripartenza del nostro paese.

#### 4. Attività dell'amministratore giudiziario nella gestione di azienda in sequestro di prevenzione - cenni.

Il professionista a cui è affidato l'incarico di gestire, seppur temporaneamente, l'azienda sotto sequestro è tenuto, tra gli altri compiti, a dover esprimere un giudizio in merito alla possibile continuazione dell'attività aziendale e, quindi, in via complementare, definirne la gestione e la programmazione strategica.

Nell'esecuzione dell'incarico, il professionista, opera con l'intento di mantenere il valore nonché le potenzialità economiche dell'azienda oggetto di misura.

A tale fine, l'art. 35, co. 5 CAM dispone che *"[l]'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale e deve adempiere con diligenza ai compiti del proprio ufficio. Egli ha il compito di provvedere alla gestione, alla custodia e alla conservazione dei beni sequestrati anche nel corso degli eventuali giudizi di impugnazione, sotto la direzione del giudice delegato, al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi"*.

Dunque, il disposto dell'art. 35 CAM definisce in un qual modo la necessità di una gestione attiva per le aziende oggetto di sequestro, per le quali generare reddito equivale a sopravvivere nel mercato, ragion per cui, in molti casi, una gestione non adeguata potrebbe comportarne la chiusura, con perdita di risorse per la collettività.

In questa logica, l'approccio adottato dall'amministratore deve consistere nel definire un programma di gestione che, indipendentemente dalla natura del sequestro, dovrebbe, in termini generali, muovere dall'assunzione, da un lato, di non snaturare, per quanto possibile, la fisionomia aziendale e, dall'altro lato, di contribuire a tutelare gli interessi delle varie tipologie di *stakeholder* (a partire dai lavoratori fino ad arrivare ai creditori e all'Erario).

La gestione dell'azienda è, non a caso, legata primariamente a definire il "reale" stato di salute della stessa, affinché possa essere effettuata la

scelta migliore per gli *stakeholder* coinvolti.

Le amministrazioni giudiziarie sono caratterizzate poi da situazioni estremamente eterogenee e difformi, tanto da rendere difficile la generalizzazione di procedure operative comuni seguenti all'approfondimento e allo studio dell'analisi economica.

L'art. 41 CAM richiede all'amministratore giudiziario di presentare, nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto aziende, entro sei mesi dalla nomina, una relazione che contenga, oltre agli elementi di cui al co. 1 dell'art. 36 CAM, anche:

1. una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto e i suoi familiari, della natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata e di quella necessaria per il regolare esercizio dell'impresa, della capacità produttiva e del mercato di riferimento nonché degli oneri correlati al processo di legalizzazione dell'azienda.

L'articolo prosegue, poi, evidenziando che, laddove la proposta consista nella prosecuzione (o nella ripresa) di attività, l'amministratore è tenuto ad allegare:

“un programma contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”.

#### 4.1. Considerazioni sulla organizzazione gestionale di un'azienda in sequestro

La comprensione del contesto dell'organizzazione è un processo il cui obiettivo è la determinazione dei fattori che influenzano le finalità, gli obiettivi e la sostenibilità dell'organizzazione.

L'organizzazione deve determinare i fattori interni ed esterni, positivi e negativo che possano influenzare la capacità di conseguire i risultati attesi dal sistema di gestione.

##### **Contesto**

Complesso di elementi culturali, ideologici, sociologici, economici che caratterizzano un determinato ambito territoriale, influenzando i comportamenti e le relazioni. Da questa definizione possiamo dedurre che i fattori interni ed esterni, positivi e negativi fanno parte e compongono il contesto aziendale.

##### **I fattori Interni**

Nella maggior parte dei casi vengono considerati sono: Risorse umane; Struttura societaria; *Mission* e *Vision* aziendale; *information technologies*; Sistema di gestione Aziendale; Infrastruttura aziendale; Solvibilità aziendale; *Background* e *Know-how*; Infiltrazioni Criminose.

##### **Fattori esterni**

Mercato di riferimento; Concorrenti o *competitor*; Clienti; Contesto normativo; *External provider* o fornitori; Contesto sociale ed economico; Ambito territoriale.

##### **Strumenti di analisi**

Potrebbe essere utile l'applicazione di strumenti di *Enterprise Risk Management* per la gestione dei rischi di *compliance* aziendale, nonché per la gestione ed il miglioramento dei programmi di conformità ed etica delle organizzazioni economiche, uno dei modelli comunemente accettati dalla prassi professionale quale riferimento in tema di *governance* e controllo interno è il **Co.S.O. Report**, redatto in USA nel 1992 su iniziativa del *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*.

Tale modello è stato adottato da Confindustria che ha predisposto le “Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. lgs. n. 231/2001”, e viene proposto come modello di riferimento per il disegno di efficaci sistemi di controllo interno delle aziende. Ad esso si sono poi ispirati gli impianti normativi nazionali dei principali paesi fra cui anche l'Italia, dove il *CoSO Report* rappresenta una *best practice* e cui fa riferimento anche il Codice di Autodisciplina adottato dal Comitato per la *Corporate Governance* delle Società Quotate in Borsa.<sup>28</sup>

L'utilizzo di tale strumento, utilizzato con una metodologia tailor made sull'azienda oggetto di misura, può essere un adeguato strumento per valutare gli attuali programmi di gestione dei rischi di conformità ed etica delle organizzazioni, correlandolo al più famoso e utilizzato *framework* di gestione dei rischi d'impresa.

Il CoSO definisce il controllo interno come «un processo continuativo posto in essere dalla direzione aziendale», al fine di formulare delle strategie (quindi idoneo a definire la *mission* aziendale, i diversi livelli di strategie e di obiettivi aziendali) e che ha l'obiettivo di fornire un ragionevole livello di sicurezza relativamente alla realizzazione delle seguenti categorie di obiettivi:

- efficacia ed efficienza delle attività operative;
- attendibilità delle informazioni di bilancio;
- conformità alle leggi e regolamenti in vigore.

#### 5. L'utilità di predisporre di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile di azienda oggetto di sequestro di prevenzione.

“Gli enti all'interno dei quali vi sia il pericolo di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne

l'attività potrebbero (dovrebbero) essere tenuti ad adottare un Modello organizzativo; nonché essere destinatari delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9 del Decreto 231».

La proposta per queste imprese, sottoposte di fatto e di diritto al controllo (anche solo temporaneo) dello Stato, è dotarle di governance e sistemi di controllo più efficaci e penetranti utilizzando gli strumenti messi a disposizione dalla normativa es. Codice della Crisi, nonché dalla prassi professionale, integrati nell'applicazione del decreto legislativo n. 231/01.

Si può considerare l'impresa in amministrazione giudiziaria alla stregua di una società in controllo pubblico, sia perché portatrice di un nuovo e preminente interesse pubblico derivante dal provvedimento di prevenzione sia perché guidata da un Amministratore Giudiziario, pubblico ufficiale per espressa volontà del Codice Antimafia. L'Amministratore Giudiziario dal momento del suo insediamento è chiamato a ristabilire in azienda un clima di legalità e rispetto delle regole. Le particolarità proprie delle aziende sotto sequestro impongono di svolgere un'attività di normalizzazione tesa al ripristino della legalità mediante l'introduzione di *best practices* tese all'ottimizzazione della gestione aziendale.

La gestione giudiziaria dell'amministrazione di un'impresa sequestrata deve includere l'individuazione e l'organizzazione delle aree sensibili al rischio da reato e come l'Amministratore Giudiziario debba agire con modalità di trasparenza e con il rispetto di principi a quanto dettato dalla Normativa 231, anche qualora l'azienda non fosse dotata del MOGC.

L'Amministratore Giudiziario incaricato, deve valutare la necessità nonché i presupposti per l'applicazione della normativa 231, anche quando si tratta di aziende di piccole dimensioni,

anche se l'applicazione del Modello rivendica un'organizzazione aziendale articolata e comporta un aumento dei costi.

Gli Amministratori Giudiziari, operando nella gestione delle aziende in base al principio del ripristino della legalità, giunti alla convinzione circa la possibilità di applicare il Modello, potrebbero proporre l'atto al magistrato.

Con la motivazione a supporto che, date le medio-grandi dimensioni dell'azienda e date le valutazioni effettuate con criteri ordinari, l'azienda necessita di una maggiore *compliance*, dal momento che l'interesse è appunto quello di tutelare la prosecuzione delle attività.

Una soluzione potrebbe essere la prescrizione da parte del Tribunale, al momento della nomina dell'Amministratore Giudiziario, di valutare la necessità di procedere alla mappatura delle aree di rischio ed all'adozione dei modelli di organizzazione e trasparenza da parte dell'amministrazione.

*L'adozione del Modello Organizzativo 231 in tali aziende faciliterebbe il ripristino dei principi etici e di legalità a fondamento della gestione dei processi aziendali.*

Di notevole ausilio è correlativamente la definizione di un Codice Etico e la relativa formazione e diffusione ai dipendenti.

Tutti gli Amministratori Giudiziari devono analizzare le peculiarità e le caratteristiche delle aziende oggetto di sequestro amministrativo ed effettuare preventive analisi del rischio. Ciò con l'obiettivo di modulare il modello organizzativo con le relative procedure e massimizzare le sinergie tra i diversi organi di gestione e di controllo ottimizzando i risultati gestionali.

I benefici derivanti dall'applicazione del Modello risultano quindi essere molteplici: economici, aziendali e di reputazione e soprattutto di ripristino della legalità amministrativo gestionale.

## **Bibliografia**

BALBI GIULIANO, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo Riv. trim.*, n. 3-4/2012, p. 5 ss.;

CARINO ANTONIO, VANETTI FEDERICO (2012), *I reati ambientali per le società: commento alla recente circolare Assonime*, Ambiente e sviluppo, Wolters Kluwer

CORSARO CLAUDIA E ZAMBRINI MARCO (2020), *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8

FIGIELLA ANTONIO, GAITO ALFREDO, VALENZANO ANNA SALVINA (2018), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*; monografia, Editrice Sapienza

GAROFOLI ROBERTO (2013), *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 (1), p. 18.

GIARDINO ANGELO, *L'elenco dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001, si amplia*; *Corriere Merito*, 2008, 6, 649, GUIDO E. *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti*

*derivante da reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 281 ss

IORIO ANTONIO (2013), *Irisvolti "231" per le imprese*, approfondimento on-line "Leggi d'Italia" del 22/05/2013, Wolters Kluwer

SOLDI GIOVANNI MARIA (2011) Riciclaggio (II agg.) approfondimento on-line "Leggi d'Italia" del, Wolters Kluwer

PESENATO ALBERTO, PESENATO ELISA (2019), *Organismo di Vigilanza (ex D.Lgs. 231/2001)*, Wolters Kluwer

PISANI NICOLA (2021), *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, Dir. Pen. e Processo, 2021, 1, 9; Wolters Kluwer

SARGENTI MARCO, *L'applicazione della L. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, in Osservatorio-Anticorruzione-Articoli, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

SCAROINA ELISA (2019), *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblico*, Manuale dell'anticorruzione, a cura di L. Foffani, D. Limone, V. Mongillo, G. Piperata, ed. Il Mulino

SENATO E CAMERA (2020), *Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale Atto del Governo 151*, dossier di documentazione, XVIII legislatura.

1 R. LOMBARDI, R. TREQUATRINI, B. CUOZZO, M. CANO-RUBIO, *Corporate corruption prevention, sustainable governance and legislation: First exploratory evidence from italian scenario* in *Journal of Cleaner Production*, ELSEVIER LTD, 217 (disponibile online 25 gennaio 2019) p.666-675, nonché sul sito <<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0956>>.

2 Fonte ISTAT 2009, sul sito <<http://www.istat.it>>;

3 Fonte: Ministero della Giustizia – Direzione Centrale di Statistica e Analisi Organizzativa, procedimenti iscritti e definiti nei Tribunali italiani sezione dibattimento – contenenti reati inerenti la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da d.lgs. 231/2001, dove alla voce "concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione, art. 25 d.lgs. 231/2001 è precisato che: nel 2013 sono stati definiti 21 procedimenti su 35 iscritti; nel 2014 definiti 22 su 54 iscritti, nel 2015 definiti 19 su 24 iscritti, 2016 definiti 33 su 34 iscritti.

4 Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività.

Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni. Con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può:

imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente;

nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.

Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo:

di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato;

di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario;

di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi;

di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni;

di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi.

Per verificare il corretto adempimento degli obblighi di cui al comma 3, il tribunale può autorizzare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria ad accedere presso gli uffici dell'impresa nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche e intermediari mobiliari al fine di acquisire informazioni e copia della documentazione ritenute utili. Nel caso in cui venga

accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 34, il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa.

Il titolare dell'attività economica sottoposta al controllo giudiziario può proporre istanza di revoca. In tal caso il tribunale fissa l'udienza entro dieci giorni dal deposito dell'istanza e provvede nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale. All'udienza partecipano il giudice delegato, il pubblico ministero e, ove nominato, l'amministratore giudiziario.

Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.

Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'articolo 94.»

5 Si veda Tribunale di Milano, sez.VIII, 13 febbraio 2008, n.1774: *“L'amministratore delegato e presidente del C.d.A. è tenuto al risarcimento della sanzione amministrativa di cui all'art. 10 d.lg. n. 231/2001, nell'ipotesi di condanna dell'ente a seguito di reato, qualora non abbia adottato o non abbia proposto di adottare un modello organizzativo idoneo ad evitare la commissione del reato presupposto per il quale è stata comminata la sanzione”*

6 Il Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission è un comitato fondato in America nel 1992 su iniziativa di 5 primarie organizzazioni (IMA, AAA, AICPA, IIA, FEI) per fornire una linea di pensiero alla direzione aziendale e agli enti governativi, sviluppando framework e linee guida per la gestione dei rischi aziendali, controllo interno e frode.

7 *La Circolare del Comando Generale della Guardia di Finanza, del 1 settembre 2020, n. 216816 cita, a mero titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui la frode fiscale sia utilizzata per l'accantonamento di fondi utilizzati per la commissione dei reati di corruzione, falso in bilancio o sia il presupposto di condotte di reati di riciclaggio e autoriciclaggio.*

8 *Il regime dell'adempimento collaborativo disciplinato dal D. lgs. 5 Agosto 2015, n. 128 consente ad alcune categorie di contribuenti di accedere ad una comune valutazione con l'Agenzia delle Entrate delle situazioni suscettibili di generare rischi di natura tributaria subordinatamente all'adozione da parte del contribuente di un sistema di controllo del rischio fiscale inserito nel contesto del sistema di governance dell'azienda e di controllo interno.*

9 *Rubricato “Disposizioni concernenti i requisiti di accesso al regime di adempimento collaborativo disciplinato dagli articoli 3 e seguenti del decreto legislativo del 5 agosto 2015, n. 128”.*

10 D. lgs. 14 luglio 2020, n. 75. Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. Pubblicato nella Gazz. Uff. 15 luglio 2020, n. 177.

11 L. 04/10/2019, n. 117. Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018. Pubblicata nella Gazz. Uff. 18 ottobre 2019, n. 245.

Art. 3, c.1 Principi e criteri direttivi per l'attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale: “e) integrare le disposizioni del 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, prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo decreto legislativo”.

12 Si veda sul tema, CLAUDIA CORSARO E MARCO ZAMBRINI (2020), *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8

13 Con il d.lgs. 75/2020 viene modificata anche la rubrica dell'art 25 che è stata così sostituita “Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio”.

14 Inoltre, con riferimento ai reati di cui agli artt. 316-bis, 316-ter, 640, comma 2, n.1), 640-bis e 640-ter c.p., il Legislatore equipara l'Unione Europea allo Stato e agli altri enti pubblici quali persone offese del reato.

15 ANGELO GIARDA, *L'elenco dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001, si amplia*; *Corriere Merito*, 2008, 6, 649, Wolters Kluwer

16 La “lettura” in atto prevalente (anche in considerazione del ruolo che ha per legge) è quella dell'A.N.AC., (Autorità nazionale anticorruzione) che, nell'approvare la proposta di PNA (Piano nazionale anticorruzione) del Dipartimento della Funzione pubblica, ha sostanzialmente confermato quanto sostenuto da quest'ultimo. In particolare, secondo “l'esegesi” di A.N.AC., e Dipartimento Funzione pubblica, l'ambito oggettivo della legge n. 190 deve focalizzarsi intorno al termine “corruzione”, inteso come comprensivo:

- dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Libro II, Titolo II, Capo I, del Codice penale;
- delle “situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite”, formula che censura l'utilizzo privato di funzioni pubbliche, pur non avente

rilevanza penale.

17 In merito alla prima parte, il D.lgs. n. 231/2001 estende agli enti quanto già previsto per le persone fisiche dall'art. 323-bis, comma 2, c.p.; la seconda condizione riproduce l'attenuante prevista dall'art. 12, comma 2, lett. b), nonché una delle attività riparatorie di cui all'art. 17 del Decreto. Quest'ultimo dispone che l'ente sia esente da sanzioni interdittive qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

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

18 L'articolo 24 (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) stabilisce, tra l'altro la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote, per gli enti in caso dei delitti di cui agli articoli 316-bis (Malversazione a danno dello Stato), 316-ter (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 640, comma 2, n. 1 (Truffa a danno dello Stato o altro ente pubblico), 640-bis (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640-ter (Frode informatica). Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità o è derivato un danno di particolare gravità; si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote. all'inserimento dell'Unione europea tra i soggetti ai danni dei quali è compiuto il reato che dà origine alla responsabilità dell'ente.

19 Con riguardo ai reati di peculato occorre ricordare che l'autore del reato deve essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio che abbia, per ragione di ufficio o servizio, il possesso o disponibilità della cosa o denaro e se ne appropri.

20 In relazione all'inserimento dei reati di peculato e di abuso d'ufficio tra i reati presupposto di responsabilità amministrativa degli enti, va ricordato che la disciplina di cui al D. lgs. 231 del 2001 si applica: agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica e non si applica allo Stato e agli enti pubblici; la responsabilità della persona giuridica sorge per connessione con la realizzazione di un reato, compreso tra quelli espressamente indicati dal legislatore, da parte di una persona fisica che sia legata all'ente da un rapporto funzionale; il criterio di collegamento fra l'illecito e l'ente collettivo consiste nella circostanza che il reato sia stato realizzato nell'interesse od a vantaggio dell'ente.

21 ANTONIO IORIO, *I risvolti "231" per le imprese*, approfondimento della Rivista on-line "Leggi d'Italia" del 22/05/2013, Wolters Kluwer.

22 *Legge 6 novembre 2012, n. 190. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (G.U. n. 265 del 13 novembre 2012)*

23 Si veda per maggiori dettagli, Marco Sargenti, *L'applicazione della L. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, in *Osservatorio-Anticorruzione-Articoli*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

24 Gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, sia di livello nazionale che locale, devono, inoltre, nominare un responsabile per l'attuazione dei propri Piani di prevenzione della corruzione, il quale può essere individuato anche nell'organismo di vigilanza, nonché definire nei propri modelli dei meccanismi che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione alla corruzione adottate ed alla loro attuazione (c.d. meccanismo di *accountability*).

25 Art 2-bis, legge 190/2012. Il Piano nazionale anticorruzione è adottato sentiti il Comitato interministeriale di cui al comma 4 e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il Piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente. Esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a). Esso, inoltre, anche in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione.

26 Per ulteriori approfondimenti si veda: Autorità nazionale anticorruzione, Delibera 11 settembre 2013, n. 72 (Approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione).

27 CARINO ANTONIO, VANETTI FEDERICO (2012), *I reati ambientali per le società: commento alla recente circolare Assonime*, Ambiente e sviluppo, Wolters Kluwer.

28 L'11 novembre 2020, il *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* ha pubblicato la sua ultima *guidance*, intitolata: *Compliance Risk Management: Applying the Coso ERM Framework*.

Il COSO con la collaborazione della *Society of Corporate Compliance and Ethics* (SCCE) e della *Health Care Compliance Association* (HCCA) ha definito delle nuove linee guida sull'applicazione dell'*Enterprise Risk Management* (ERM) alla gestione del rischio di *compliance*.

 **GIURISPRUDENZA PENALE**