

Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 0 - dicembre 2014

PLENUM

rivista231.it

Sommario

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. ANTIRICICLAGGIO	6
<i>di Ranieri Razzante</i>	
3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	8
<i>di Ciro Santoriello</i>	
4. INFORMATICA FORENSE	16
<i>di Giuseppe Dezzani e Paolo Dal Checco</i>	
5. NORME E ATTI	18
<i>di Andrea Ferrero</i>	
6. PRIVACY	19
<i>di Patrizia Ghini</i>	
7. PROFILI INTERNAZIONALI	21
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini</i>	
8. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	23
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Responsabilità e deleghe di funzioni nell'Aggiornamento delle Linee Guida per la costruzione dei modelli organizzativi emanate da Confindustria

Nel contesto della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. 231/01, la tematica delle deleghe di funzioni in generale e con particolare riguardo alla materia della sicurezza sul lavoro e della tutela dell'ambiente è tornata di recente sotto i riflettori a seguito della pubblicazione, lo scorso luglio 2014, dell'Aggiornamento delle "Linee Guida per la costruzione dei modelli organizzativi" da parte di Confindustria.

Come è noto, la c.d. delega di funzioni rientra tra le misure di controllo (ovvero tra i c.d. protocolli) inerenti la "struttura organizzativa" dell'ente, da intendersi come l'insieme delle procedure operative formulate specificamente al fine di attuare una efficace attività di gestione dei rischi.

Tale "misura" concretizza, per quanto attiene specificamente la materia ambientale, l'esigenza di formalizzazione delle disposizioni organizzative finalizzate all'individuazione di soggetti responsabili al rispetto della normativa e di responsabili operativi per la gestione delle tematiche ambientali.

E infatti, la delega di funzioni all'interno di un'organizzazione aziendale è lo strumento tipico mediante il quale un soggetto (cd. delegante) trasferisce l'esercizio di determinati compiti, di cui è per legge titolare, a un soggetto diverso (cd. delegato), che li svolge in piena autonomia, decisionale e di spesa (anche entro dei massimi).

Secondo l'impostazione largamente prevalente, la delega trasferisce insieme alla funzione anche la responsabilità del dante incarico. Il soggetto che esercita i poteri che sono propri di un altro, perché a lui debitamente e lecitamente trasferiti, si assume la responsabilità che deriva dall'esercizio della corrispondente funzione in base alla quale compie determinati atti. Conseguentemente, in presenza di una delega idonea, il delegante è esente da responsabilità penale.

L'adeguamento delle Linee Guida ha necessariamente riguardato anche tale tematica e la necessità di "prevedere un sistema coerente e integrato che comprenda tutte le *deleghe o procure aziendali (comprese quelle in materia antinfortunistica e in quella ambientale), periodicamente aggiornate alla luce sia delle modifiche normative, sia delle eventuali variazioni nel*

sistema organizzativo aziendale", nonché garantire la documentabilità di tale sistema, al fine di rendere agevole una sua eventuale ricostruzione a posteriori.

La rilevanza e la delicatezza della materia è suggerita, come ricordato dalle stesse Linee Guida, dall'assenza di codificazione dell'istituto della delega di funzioni in materia ambientale ragione per la quale il riferimento alle pronunce giurisprudenziali, anche di legittimità costituisce la principale fonte per la costruzione di un valido strumento di attribuzione di poteri.

Certamente la questione più pregnante attiene ancora oggi all'obbligo di **controllo sull'operato del delegante**, obbligo che, in materia di sicurezza sul lavoro, si intende assolto *ex lege* con l'adozione di un adeguato modello organizzativo ex d.lgs. 231/01 (cfr. art. 16 d.lgs. 81/2008). Per la limitazione della responsabilità degli enti non è sufficiente la mera adozione del modello: è invece necessario porre in essere strumenti per una sua attuazione efficace, in grado di verificare l'adeguatezza del modello e l'effettività della sua attuazione nonché di consentirne, ove necessario e nei casi previsti dalla legge (segnatamente quando si scoprono violazioni significative delle norme sulla prevenzione infortuni e igiene sul lavoro e quando ricorrano mutamenti nell'organizzazione nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico) il riesame e l'aggiornamento.

Diversamente, in materia di tutela dell'ambiente, pur avendo la giurisprudenza maggioritaria conferito da tempo dignità all'istituto della delega di funzioni - (cfr. Cass. pen., sez. III, 22.11.2013, n. 46711): *"Ora, secondo l'orientamento senz'altro prevalente di questa Corte Suprema, - a cui si intende dare continuità - una volta che sia provata la sussistenza delle condizioni richieste per il rilascio della delega di funzioni in materia ambientale, la responsabilità penale del delegato non è in discussione (cfr. Sez. 3, Sentenza n. 6420 del 07/11/2007 Ud. dep. 11/02/2008 Rv. 238980; Sez. 3, Sentenza n. 8275 del 2010; Sez. 3, Sentenza n. 43773 del 2012; Sez. 2, Sentenza n. 8978 del 03/08/2000 Ud. dep. 10/08/2000 Rv. 217703). Correttamente, quindi, è stata ritenuta la rilevanza penale della delega di funzioni e, conseguentemente, la responsabilità dell'imputato, quale delegato all'ambiente per il reato di cui all'art. 256 d.lgs. n. 152/06 [...]".*- si assiste ancora a interpretazioni differenti circa il tema della vigilanza. Alcune certezze, in ogni caso, possiamo averle. La vigilanza, quale che ne sia l'esatta estensione, non può identificarsi con un'azione di sorveglianza sulla concreta conformazione delle singole lavorazioni che la legge affida al garante. Se così fosse, infatti, l'istituto della delega si svuoterebbe di

qualsiasi significato. L'obbligo di vigilanza del delegante deve essere, quindi, necessariamente distinto da quello del delegato e deve riguardare solo la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo. E infatti, una volta conferita efficacemente la delega (rispettando i presupposti che la giurisprudenza ha negli anni precisato) **non persiste un “obbligo di sorveglianza sul concreto esercizio dei poteri delegati, giacché ciò vanificherebbe la funzione della delega stessa”** (v. Cass., sez. III, 10.8.2000 n. 8978).

Secondo una recente e interessante pronuncia, a fronte di una delega conferita dal Consiglio di Amministrazione all'amministratore delegato, l'obbligo di vigilanza sulla gestione delle attività incidenti sulla tutela ambientale **incombe su quest'ultimo**, non sul Presidente del Consiglio di Amministrazione (sentenza n. 41996, 9 ottobre 2014). Il Presidente del Consiglio di Amministrazione di un S.p.a. non può essere, da solo, considerato come “legale rappresentante” della persona giuridica, appartenendo tale rappresentanza all'intero Consiglio di Amministrazione. Quando il Consiglio di Amministrazione delega le proprie attribuzioni a un comitato esecutivo o a un singolo consigliere (amministratore) delegato, tale atto comporta il **conferimento a quest'ultimo della facoltà di esercitare i poteri dell'intero organo collegiale, compreso l'obbligo di vigilanza sulla osservanza delle misure a tutela dell'ambiente.**

ANTIRICICLAGGIO

di **Ranieri Razzante**, **Docente di Intermediazione finanziaria e Legislazione Antiriciclaggio presso l'Università di Bologna**

Autoriciclaggio in prospettiva

Il Disegno di legge sul rientro dei capitali detenuti all'estero e la lotta all'evasione fiscale, il quale contiene tra le altre la norma dell'autoriciclaggio, passa l'esame di Montecitorio. Frutto di un lungo "compromesso" tra Governo e partiti politici, il Ddl n. 1642 reca alcune modifiche al codice penale introducendo, per l'appunto, nell'ordinamento italiano il reato di autoriciclaggio, che punisce chi impiega i proventi di attività illecite occultandone la provenienza.

Com'è noto, l'attuale formulazione degli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale esclude l'applicabilità degli stessi nei casi di concorso nel reato presupposto, dalla commissione del quale discendono i proventi illeciti oggetto di ricettazione, riciclaggio o impiego.

La *ratio* di tale scelta legislativa è stata da sempre ravvisata nell'assunto secondo cui la pena prevista per il reato presupposto racchiuda già in sé la punizione per la dissimulazione dei proventi. Questa impostazione oggi si rileva inadeguata, giacché, se nella sua formulazione originaria la fattispecie del riciclaggio aveva ancora ben evidenti i caratteri di accessorietà rispetto ai reati principali (di particolare gravità) puniti dalla primigenia formula del 1978, i quali venivano a costituire un *numerus clausus*, la formulazione attuale della fattispecie non consente di addivenire a medesima conclusione.

Il Ddl in esame, inserendo il nuovo articolo 648-*ter*¹ nel codice penale dedicato al reato di autoriciclaggio, modifica finalmente questa "originaria" impostazione, ma lo fa in modo opinabile. In particolare, ai sensi del comma primo del nuovo articolo, si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da 5.000 a 25.000 euro a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce o trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Il comma successivo prevede, invece, che si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da 2.500 e 12.500 euro, se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. In virtù di detti commi, il nuovo reato di autoriciclaggio si concretizzerà laddove sussisteranno contestualmente più circostanze: venga creato, o si concorra a creare, mediante la commissione del reato presupposto, una provvista di denaro, beni o altre utilità; si utilizzi detta provvista, mercé un ulteriore e autonomo comportamento, in attività economiche o finanziarie; si metta in atto un comportamento volto a ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, beni o altre utilità. Al contempo, è previsto un doppio binario di punibilità: condanne più severe, se connesse a un reato presupposto punito con pene superiori ai cinque anni; condanne meno severe, se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.

Fin qui l'articolo 648-ter¹ non sembrerebbe dar luogo a eccessivi - *rectius* eclatanti - problemi. Tutt'altra invece la situazione che si presenta al comma 4, in virtù del quale "fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale", e al comma 5, "la pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale".

Detti commi, così come formulati, saranno certamente destinati a creare non pochi problemi interpretativi, in *primis* a carico degli organi giudicanti. Ad esempio la nozione di "godimento personale", di incerta configurabilità. Potrebbe poi porsi qualche problema, da meglio approfondire, circa la proporzionalità della pena, in relazione soprattutto ai delitti presupposto che vengano ad assumere rilevanza nella *consecutio* dell'autoriciclaggio. Ciò nonostante lo "sforzo" del legislatore di prevedere, come detto, un doppio binario di punibilità.

Dunque, bisognerà solo attendere che il ddl in questione concluda il suo iter legislativo, anche se, soprattutto in considerazione dei lunghi tempi di gestazione della nuova fattispecie criminosa, ci si aspettava di più da una norma che ha ancora evidenti i segni di un lungo compromesso.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

di **Ciro Santoriello**, Sostituto Procuratore presso il Tribunale di Torino

Misura interdittiva – Presupposti – Presumibile reiterazione dell'illecito – Conseguimento di un profitto di rilevante entità – Necessità del ricorso di entrambi i presupposti – Esclusione (d.lgs. n.231/2001, artt. 13, 14, 19, 53)

Misura interdittiva – Presupposti – Conseguimento di un profitto di rilevante entità – Nozione di profitto (d.lgs. n. 231/2001, artt. 13, 14, 19, 53)

Misura interdittiva – Esigenze cautelari – Valutazione oggettiva, riferita alla gravità del fatto di reato, e valutazione soggettiva, inerente l'organizzazione della persona giuridica coinvolta e la sua politica d'impresa (d.lgs. n. 231/2001, artt. 13, 14, 19, 53)

Misura interdittiva – Applicazione congiunta di misure cautelari reali ed interdittive – Ammissibilità (d.lgs. n. 231/2001, artt. 13, 14, 19, 53)

L'applicazione in via cautelare delle sanzioni interdittive è subordinata, alternativamente e non congiuntamente, al conseguimento da parte dell'ente di un profitto di rilevante entità ovvero alla reiterazione nel tempo dell'illecito (1).

Per l'adozione di una misura cautelare interdittiva nei confronti dell'ente raggiunto da gravi indizi di responsabilità per l'illecito dipendente da reato, la nozione di profitto di rilevante entità ha un contenuto più ampio di quello di profitto inteso come utile netto, in quanto in tale concetto rientrano anche vantaggi non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito (2)

La valutazione della sussistenza delle esigenze cautelari che costituiscono il presupposto per l'applicazione delle misure cautelari interdittive a carico dell'ente implica l'esame di due tipologie di elementi: la prima, di carattere oggettivo ed attinente alle specifiche modalità e circostanze del fatto, può essere evidenziata dalla gravità dell'illecito e dalla entità del profitto; l'altra ha natura soggettiva ed attiene alla personalità dell'ente, e per il suo accertamento devono considerarsi la politica di impresa attuata negli anni, gli eventuali illeciti commessi in precedenza e soprattutto lo stato di organizzazione dell'ente (3)

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, è sempre possibile l'applicazione contestuale di misure cautelari interdittive e reali, atteso che il

divieto di cumulabilità delle misure cautelari contenuto nell'art. 46, comma quarto, d.lgs. n. 231 del 2001, riguarda esclusivamente le prime e non anche le seconde, disciplinate in maniera esaustiva ed autonoma degli artt. 53 e 54 stesso decreto (4).

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE SECONDA– 15 settembre 2014 (c.c. 18 giugno 2014), n. 377122 – GENTILE, *Presidente* – IASILLO, *Estensore* – FRATICELLI, *P.M.* (parz. diff.)

(1, 2, 3, 4) 1. La decisione in commento affronta una pluralità di profili inerenti l'adozione di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti collettivi per fatti di reato commessi da sui dirigenti o dipendenti, senza però presentare alcun profilo di novità, ma ribadendo principi ormai consolidati.

2. Nessun dubbio che nei confronti dell'ente possa applicarsi una misura cautelare interdittiva anche se non vi siano ragioni di ritenere che la condotta delittuosa sarà reiterata. Infatti, questo requisito è posto, dall'art. 13, in alternativo concorso con l'altro profilo attinente l'entità del profitto ricavata dall'illecito, sicché è sufficiente ricorra l'una o l'altra circostanza perché possa procedersi all'applicazione di una misura cautelare interdittiva (Cass., sez. II, 24 novembre 2011, n. 4703).

Quanto alla nozione di profitto, si ricorda che lo stesso assume una connotazione particolare nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, soprattutto quanto il reato è commesso nell'ambito di un rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione – si pensi, ad una frode nelle pubbliche forniture, quando la prestazione del privato è di valore difforme e minore rispetto al corrispettivo a lui versato e rispetto a quanto pattuito. In tali casi, infatti, si discute se la nozione di profitto debba essere riferita a quanto il privato riceve dalla pubblica amministrazione o al solo utile netto ottenuto defalcando dall'importo ricevuto le spese sostenute per l'esecuzione dei lavori: sul punto si rinvia alla decisione delle Sezioni Unite 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italmimpianti Spa.

Per approfondimenti PISTORELLI, *Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle SSUU*, in *Rivista231*, 4-2008, 123. SANTORIELLO, *La confisca per equivalente nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista231*, 3-2007, 147; ID., *Giurisprudenza commentata: la nozione di profitto del reato nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione ed i suoi riflessi in tema di confisca*, *ivi*, 2-2008, 129.

Misure cautelari – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca – Presupposto del *fumus boni iuris* – Valutazione dei gravi indizi di reato – Esclusione (C.p.p., art. 321; d.lgs. n. 231 del 2001, art. 53)

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, per il sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca, eventualmente anche per equivalente, e quindi, secondo l'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato, non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, essendo sufficiente accertarne la confiscabilità una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato.

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE QUINTA – 5 dicembre 2013 (c.c. 9 ottobre 2013) – MARASCA, *Presidente* – ZAZA, *Estensore* – SALZANO, *P.M.* (diff.)

1. La misura del sequestro preventivo nei confronti degli enti collettivi presenta numerosi profili problematici, rispetto alla risoluzione dei quali di nessun aiuto pare essere la giurisprudenza, che continua ad oscillare fra diversi orientamenti – come dimostra la decisione in epigrafe.

2.1. Un primo aspetto su cui non vi è accordo in giurisprudenza attiene ai presupposti in presenza dei quali può disporsi il sequestro preventivo in via cautelare nei confronti della persona giuridica.

Secondo l'impostazione originariamente accolta dalla giurisprudenza per l'adozione della misura in discorso era necessaria solo l'astratta configurabilità dell'illecito e non la sussistenza di gravi indizi in ordine alla responsabilità dell'ente (Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, Miritello in *Mass. Uff.*, n. 233373).

Tale affermazione, peraltro già presente in giurisprudenza con riferimento al sequestro preventivo disciplinato dal codice di procedura penale, veniva giustificata richiamando la natura e la finalità dell'istituto della confisca nel sistema della responsabilità da reato delle società, nel cui ambito il provvedimento ablatorio disciplinato dagli artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231 non riveste necessariamente un carattere punitivo ma assume anche la fisionomia di uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato, con conseguente applicazione della confisca anche in assenza di una acclarata responsabilità dell'ente collettivo per il fatto delittuoso – come dimostrato dalla circostanza che la sanzione in discorso può essere adottata anche nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto

collocato in posizione apicale ma l'ente non debba rispondere dell'illecito posto in essere nel suo interesse o a suo vantaggio.

2.2. Tale impostazione è stata però criticata da più parti, sostenendosi che la definizione dei presupposti del sequestro preventivo a fine di confisca andrebbe effettuata considerando la stretta strumentalità che lega tale strumento alla sanzione della confisca, poiché “intanto il sequestro preventivo è preordinato alla confisca in quanto mira - e in via esclusiva - a garantirne la fruttuosità, [per cui] con la cautela in esame non si intende sottrarre all'ente la disponibilità di una *res* pericolosa *ex lege*, volendosi, invece, tutelare dal rischio di dispersione di prezzo e profitto dell'illecito che renderebbe vana la punizione dell'ente, una volta accertatane la responsabilità”.

Sulla scorta di questa ritenuta connessione fra sequestro preventivo e confisca finale del medesimo bene si conclude nel senso che per l'applicazione del provvedimento cautelare dovrebbero essere integrate le medesime condizioni stabilite per l'applicazione della sanzione della confisca ed il giudice dovrebbe comunque accertare l'imputabilità dell'illecito alla *societas* nonché la sussistenza di ciò che ne costituisce prezzo ed il profitto. A sostegno di tale conclusione si evidenzia come proprio la circostanza che nel processo avverso gli enti collettivi la confisca assume una funzione di neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti dalla attività criminosa renderebbe “scontato il previo accertamento di responsabilità della persona giuridica, [mentre] laddove si accerti l'insussistenza del reato verrebbero a mancare prezzo e prodotto, confiscabili in quanto illecitamente conseguiti” (PRESUTTI, *Certezze e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2009, 3, 181, da cui sono tratte le citazioni presenti nel testo. Nello stesso senso, PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato*, Torino 2005, 144; GAITO, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, Bologna 2008, 672; GARUTI, *Responsabilità delle persone giuridiche: II) Profili processuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Treccani, Roma 2004, 6).

2.3. Questa tesi ha trovato accoglimento anche in giurisprudenza.

La Cassazione, nell'unica decisione emessa sul punto di cui fino ad ora si aveva notizia, ha sancito che “in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, per procedere al sequestro preventivo a fini di confisca

del profitto del reato presupposto è necessario l'accertamento della sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente indagato" (Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, Codelfa S.p.a., in *Giur. It.*, 2013, 661).

Il ragionamento della Corte di legittimità ripercorre in maniera lineare le riflessioni della dottrina che si sono illustrate da ultimo: nell'ambito del processo avverso gli enti collettivi non appare corretta una automatica trasposizione del regime dei presupposti legittimanti il sequestro preventivo così come previsto dall'art. 321 c.p.p., in quanto nel caso dell'art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001 il sequestro è direttamente funzionale ad anticipare, in via cautelare, la confisca - che è sanzione principale, obbligatoria e autonoma - di cui all'art. 19 d.lgs. citato. La natura giuridica della confisca determina i requisiti di applicabilità del sequestro preventivo nel senso che quando questa misura cautelare è destinata ad anticipare l'applicazione di una sanzione definitiva, essendo la comminatoria di tale pena subordinata all'accertamento della responsabilità dell'accusato, allora il provvedimento preventivo non può essere assunto in assenza di un controllo del giudice sulla concreta fondatezza dell'accusa ovvero sulla rilevante probabilità che gli elementi probatori allo stato in possesso dell'ufficio inquirente conducano successivamente alla condanna definitiva dell'inquisito.

Grazie a tali considerazioni è possibile – secondo il giudice di legittimità - anche superare la circostanza che, sotto il profilo letterale, l'art. 53 d.lgs. n.231 non faccia alcun riferimento ad una attribuzione di responsabilità dell'accaduto alla società, diversamente da quanto prevede il precedente art. 45 del medesimo testo normativo, il quale nel disciplinare i presupposti per l'emanazione delle misure cautelari interdittive richiama i "gravi indizi" in ordine alla colpevolezza dell'ente: si tratta di "una diversità che non può essere considerata sintomo di una radicale differenziazione nei presupposti di misure cautelari che, come si è visto, presentano caratteri omogenei in riferimento ai beni cui si riferiscono ... sicché i presupposti sostanziali dei sequestro devono essere ricercati all'interno della disciplina contenuta nel decreto legislativo del 2001, quindi tenendo conto della specificità della confisca cui la misura cautelare in questione si riferisce".

La conclusione del ragionamento della Corte è dunque nel senso che il fondamento giustificativo per il sequestro preventivo di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001 è "un *fumus delicti* 'allargato', che finisce per coincidere sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per l'emanazione delle misure cautelari interdittive. Sicché i gravi indizi coincideranno con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non

valgono di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità dell'illecito all'ente con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia globalmente apprezzati nella loro consistenza e nella loro concatenazione logica, consentono di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza”.

3. Questa attenta ricostruzione operata dalla Cassazione con la sentenza del 2006 è stata però ribaltata dalla decisione ora in commento, la quale con una frettolosa motivazione, è tornata allo *status quo ante*, sostenendo che per procedere a sequestro preventivo ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, essendo sufficiente accertare la confiscabilità del bene una volta che sia possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato. Nulla di più compare – a giustificazione di tale affermazione – nella predetta decisione... Vien da rimpiangere la circostanza che non vi sia un organo giurisdizionale a cui denunciare il vizio di motivazione – per carenza della stessa – delle decisioni della Corte di Cassazione.

4.1. La sentenza n. 41435 della II sezione della Cassazione è criticabile anche per un'altra ragione.

A fronte della censura della difesa che lamentava che nel decreto di sequestro preventivo non fossero indicati specificatamente i beni che devono essere sottoposti a vincolo, la decisione replica sostenendo che questo adempimento non è necessario potendo procedere all'individuazione di tali beni anche la polizia giudiziaria in sede di esecuzione del provvedimento, purché in tale atto sia indicata la somma sino a concorrenza della quale il sequestro deve essere eseguito.

4.2. Tale conclusione è apparentemente apprezzabile.

La possibilità di procedere a confisca di beni per un valore equivalente al prezzo o al profitto del reato è subordinata alla circostanza che non sia possibile procedere direttamente all'apprensione dei beni che costituiscono effettivamente tale prezzo o tale profitto ed è evidente che se si intende tale condizione in maniera troppo severa si finirebbe per escludere la pratica operatività dell'istituto della confisca per equivalente, ma, di contro, laddove tale requisito venga interpretato in maniera troppo largheggiante si rischia di dare ingresso sempre e comunque al provvedimento di confisca per equivalente, facendo di tale istituto una misura sanzionatoria adattabile a qualsiasi uso e finalità. Questo spiega la posizione di compromesso su cui

è attestata la giurisprudenza - di cui la decisione in commento pare essere espressione -, differenziando le condizioni richieste per l'adozione di un provvedimento di confisca ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 dai presupposti richiesti per l'adozione, ex art. 53 d.lgs. n. 231 citato, di un provvedimento di sequestro preventivo in funzione di una successiva confisca per equivalente: mentre in relazione alla prima ipotesi si riconosce che la valutazione circa l'impossibilità di reperimento e sequestro dei profitti illeciti debba essere effettuata con un certo rigore, nel caso di adozione di un provvedimento di sequestro ex art. 53 citato la medesima impossibilità "non deve necessariamente essere assoluta e definitiva, ma può riguardare anche un'impossibilità transitoria o non reversibile, purché esistente nel momento in cui la misura cautelare viene richiesta o disposta" (Cass., sez. II, 17 aprile 2007, D'Antuono, in *Mass. Uff.*, n. 236592; Cass., sez. II, 10 dicembre 2008, Schiattarella, in *Mass. Uff.*, n. 242653), con l'importante precisazione che la possibile precarietà di tale situazione di impossibilità di apprensione dei proventi illeciti condiziona l'onere di motivazione del provvedimento cautelare, che deve investire anche "la pur momentanea indisponibilità del bene, senza che sia necessario dare dettagliatamente conto delle attività volte alla ricerca dell'originario prodotto o profitto del reato".

Tale conclusione è giustificata alla luce della considerazione che, laddove l'adozione della cautela fosse condizionata alla esecuzione di esaustive ed assolutamente complete ricerche dei beni rappresentanti il profitto o il prezzo del reato, la funzione cautelare del sequestro potrebbe essere facilmente elusa proprio durante il tempo occorrente per il compimento di queste attività investigative: almeno con riferimento all'adozione di un provvedimento di sequestro a fini di confisca per equivalente deve dunque riconoscersi come l'indicazione d'irreperibilità del profitto o del prodotto del reato possa essere connotata da un limitato grado di specificità, rimandando poi al momento della decisione finale ogni altra valutazione circa la completezza delle indagini finalizzate all'apprensione dei beni rappresentanti direttamente le conseguenze economiche del reato.

4.3. Le superiori riflessioni però sono utilizzabili per giustificare l'adozione, in sede investigativa, di un sequestro per equivalente, nel senso di consentire al pubblico ministero richiedente ed al giudice che lo dispone di apporre un vincolo reale su beni equivalenti al profitto o al prodotto ottenuto con il reato commesso, senza "spendersi" in maniera eccessivamente

analitica nell'individuazione dei beni che con tale profitto o prodotto si identificano compiutamente.

Nella decisione in esame, invece, la Cassazione richiama tali considerazioni per trarre una conclusione, che in tali affermazioni non trova alcuna giustificazione. Secondo la Corte di legittimità, infatti, la ordinaria "fluidità" degli accertamenti che vengono posti in essere nella fase delle indagini consente al giudice di indicare solo il *quantum* da sequestrare e non il complesso dei beni da vincolare ed il cui complessivo valore sia, per l'appunto, equivalente al profitto che il reato ha tratto dalla sua condotta delittuosa, con il che si giustifica la circostanza che al momento di richiedere ed adottare il provvedimento cautelare reale né l'ufficio inquirente né il giudice delle indagini preliminari debbano preoccuparsi di definire l'ammontare dei beni da sottoporre a vincolo cautelare.

Quali siano le conseguenze negative di tale impostazione sono assolutamente evidenti. Nella prassi, assai di frequente, si assiste all'adozione di provvedimenti che sequestrano tutti i beni dell'indagato (pur essendo evidente che il loro valore è notevolmente superiore al profitto ricavato dal reato), rinviando al momento della condanna la concreta definizione del *quantum* da confiscare e del *quantum* invece da restituire. Di contro, deve ritenersi che il giudizio relativo al valore dei beni deve costituire oggetto di una ponderata valutazione preventiva da parte del giudice nella applicazione della misura cautelare, non essendo consentito differire l'adempimento estimatorio alla fase esecutiva della confisca: troppo semplice ed assolutamente iniquo sequestrare l'intero patrimonio dell'indagato ripromettendosi poi di restituirgliene una parte in un momento successivo.

INFORMATICA FORENSE

di Giuseppe Dezzani e Paolo Dal Checco, Digital Forensics Bureau, Torino

Prevenzione del reato di riciclaggio attraverso misure organizzative di tipo informatico

È noto che il riciclaggio di denaro è quell'insieme di operazioni mirate a dare una parvenza lecita a capitali la cui provenienza è in realtà illecita, rendendone così più difficile l'identificazione e il successivo eventuale recupero. Attraverso la Rete possono essere trasferite rapidamente e agevolmente grosse somme di denaro anche fra Paesi distanti tra loro. Infatti, collegandosi ad Internet, e quindi senza spostarsi fisicamente e dare così nell'occhio, ci si può interagire con servizi o utenti che sono disposti ad investire e a ricevere in deposito somme di denaro anche molto rilevanti. Sono questi fattori (facilità, rapidità e riservatezza dell'operazione) che fanno delle operazioni finanziarie on line un'allettante strada per riciclare somme di denaro di provenienza illecita. In particolare, la Rete facilita il c.d. layering, che consiste nell'esecuzione di molteplici operazioni finanziarie o commerciali finalizzate al mascheramento o scomposizione di somme di denaro di origine criminosa.

L'esperienza recente ci ha premesso di tracciare alcuni dei sistemi maggiormente utilizzati. Tra questi ci sono i casino virtuali, dove è molto semplice attivare un conto di gioco anonimo (o con falsa identità) ed alimentarlo con somme di denaro di provenienza illecita e trasferirle ad un giocatore "pulito" attraverso vincite/perdite pilotate. Altro esempio è l'acquisto di moneta virtuale Bitcoin, per poi trasferire il wallet (portafoglio virtuale) attraverso la comunicazione di un codice di autenticazione, ad un soggetto che in un Paese ove si possa agevolmente riconvertire in valuta reale (Euro o Dollari) senza tracciatura. Esempi come questo se ne possono riportare centinaia, dove il contatto tra un profilo utente alimentato con denaro illecito ed il profilo utente che si occuperà della ricollocazione del denaro, è estremamente semplice.

In tutto questo panorama è essenziale che le reti informatiche degli Enti collettivi siano monitorate attraverso la registrazione di files di logs utili a tracciare eventuali transazioni economiche. I sistemi di sicurezza attuali (tra cui i firewall) sono dotati di sistemi basati su tecniche di content filtering. Questa tecnica permette l'analisi automatica dei dati contenuti nelle pagine WEB visionate o nei servizi consultati via rete, ed è – di conseguenza - possibile bloccare o consentire la fruibilità di un contenuto. Si tratta del metodo più usato su Internet per filtrare le e-mail e l'accesso ai contenuti web o flussi di dati della rete, permettendo di tracciare l'eventuale transito di dati che, in base a specifiche regole, potranno generare specifici alert. Questi sistemi dovranno essere impiegati nelle moderne strutture di amministrazione delle reti informatiche per mettere a disposizione dell'Organismo di Vigilanza dei report in cui si evidenzino eventuali movimentazioni in cui vi siano rilevanza di dati finanziari e/o indicazione di somme di denaro, la frequenza delle transazioni, le direttrici da e verso cui vengono trasferiti. Questo tipo di struttura permette di monitorare le transazioni e garantire la tracciabilità di eventuali azioni compiute da soggetti interni dell'ente collettivo.

NORME E ATTI

di **Andrea Ferrero**, **Redazione Rivista 231**

Revisione del Regolamento in materia di rating di legalità

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di rendere più capillare e penetrante il controllo che è chiamata ad esercitare in sede di rilascio del rating di legalità, nonché di alzare il livello di legalità richiesto alle imprese, ha proceduto a modificare il Regolamento adottato con delibera del 5 giugno 2014, n. 24953.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto di introdurre nell'elenco di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e b) del Regolamento, i seguenti reati:

- millantato credito (art. 346 c.p.);
- traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.);
- turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.);
- turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis c.p.);
- astensione dagli incanti (art. 354 c.p.);
- inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 355 c.p.);
- frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.);
- omesso versamento di contributi previdenziali (art. 2, commi 1 e 1 bis, decreto legge n. 463/1983 – convertito nella legge 11 Novembre 1983, n. 638).

Tali reati, sebbene non previsti nel decreto legislativo n. 231 del 2001, sono tuttavia importanti sotto il profilo dell'alterazione illegale delle relazioni economiche con la Pubblica Amministrazione e con i lavoratori.

PRIVACY

di Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano

Whistleblowing: un modello per la segnalazione degli illeciti per le pubbliche amministrazioni

La possibilità di segnalare illeciti e violazioni (presunte o tali) costituisce una delle misure cui normalmente si attribuisce particolare importanza per assicurare efficacia all'azione di vigilanza dell'OdV.

Lo strumento e i flussi informativi che ne possono derivare, tuttavia, devono essere gestiti con particolare cautela, in ragione della natura delle "informazioni" che si possono acquisire e delle tutele garantite dal d.lgs. 196/2003 (Codice della privacy), in linea con le direttive europee in materia di protezione dei dati personali.

Qualche anno fa il tema era stato affrontato dal Gruppo dei Garanti europei che, con proprio parere reso nel febbraio 2006, avevano fornito indicazioni di base per rendere tali trattamenti di dati personali conformi ai principi contenuti nella direttiva 95/46/Ce.

Così come aveva attirato l'attenzione dell'Autorità Garante per la privacy, anche a seguito di numerose istanze (quesiti, pareri, verifiche preliminari) indirizzate all'Autorità al fine di ottenere una valutazione in ordine alla liceità e alle modalità di effettuazione dei trattamenti di "dati personali" svolti nell'ambito delle procedure aziendali in argomento. Con la Segnalazione al Parlamento e al Governo del 10/2/2009, il Garante italiano aveva rilevato l'assenza, in Italia, di una disciplina legislativa appositamente dedicata alla materia, ma solo una serie di riferimenti normativi che potevano solo contribuire a consentire (e in qualche misura a giustificare) l'eventuale adozione di meccanismi di informazione anche anonima riconducibili al fenomeno del *whistleblowing*.

Il Garante, perciò, aveva evidenziato al Parlamento e al Governo italiani l'opportunità che venisse valutata l'adozione di apposite disposizioni legislative volte, tra l'altro:

- a individuare i presupposti di liceità di tali misure organizzative;
- a individuare in modo puntuale le finalità che si intendono perseguire e le fattispecie oggetto di possibile "denuncia" da parte dei segnalanti;

- a definire la portata del diritto di accesso previsto dall'art. 7 del Codice privacy da parte del soggetto al quale si riferisce la segnalazione (interessato), con riguardo ai dati identificativi dell'autore della segnalazione (denunciante);
- a stabilire l'eventuale ammissibilità dei trattamenti derivanti da segnalazioni anonime.

Detto quadro regolamentare non è stato definito, almeno per quanto concerne il settore privato. In ambito pubblico, invece, la situazione appare diversa. L'ipotesi di *whistleblowing*, infatti, con le tutele a essa afferenti, di recente è stata inserita nella normativa giuslavoristica vigente per il settore del pubblico impiego (vd. art. 54-bis, d.lgs. 165/2001, introdotto dalla Legge 190/2012). L'Autorità Nazionale Anticorruzione è competente a ricevere segnalazioni di illeciti di cui il pubblico dipendente sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro. Al riguardo, nel 2014 il Dipartimento della Funzione Pubblica ha predisposto e diffuso su internet anche un "modello per la segnalazione degli illeciti". Dovranno utilizzare il modello i dipendenti e i collaboratori che intendono segnalare situazioni di illecito (fatti di corruzione ed altri reati contro la pubblica amministrazione, fatti di supposto danno erariale o altri illeciti amministrativi) di cui sono venuti a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, alle condizioni e nei limiti indicati dall'art. 54-bis del d.lgs 165/2001.

PROFILI INTERNAZIONALI

di Giovanni Tartaglia Polcini, Magistrato, Consigliere giuridico presso il Ministero degli Affari Esteri

Sistema 231 e responsabilità transnazionale: dilemma ancora insoluto, ma non insolubile.

La Corte di Appello di Milano (con sentenza n. 1937 del 2014, depositata il 3 giugno 2014, Quarta Sezione Penale) nel decidere sull'ormai celebre questione dei "derivati", che vedeva contrapposti da un lato, il Comune di Milano e, dall'altro, quattro importanti banche straniere, ha ribadito la piena applicabilità della normativa 231 agli enti stranieri.

Si legge in motivazione: "... ricadono nel perimetro applicativo della norma le società di capitali, le società di persone, le società cooperative, le associazioni con o senza personalità giuridica e con o senza scopo di lucro, gli enti pubblici economici, le fondazioni e i comitati. Le Banche italiane non possono certo dirsi esentate da siffatta disposizione. Perché mai dovrebbero mai esserlo le Banche di diritto straniero che in Italia cercano obiettivi d'investimento? Non v'è ragione alcuna di introdurre una simile deroga se non violando l'art.3 della Costituzione".

A tal fine, la Corte Territoriale ha richiamato la decisione della Corte di cassazione del 9 maggio 2013 n. 20060 la quale aveva analizzato un caso analogo.

Orbene, la vicenda si iscrive nell'alveo della querelle sull'applicazione del d.lgs.231/2001 alle imprese straniere non aventi sede in Italia – già affermata dalla giurisprudenza milanese nei casi "Siemens" e "Parmalat".

Da un lato, difatti, deve essere necessariamente ammessa l'applicabilità della normativa 231 anche a detto ambito, in virtù del principio, di matrice penalistica, della imperatività della norma penale per chiunque agisca nel territorio dello Stato, nonché in ragione di logica politico-criminale per cui, semmai il d.lgs. 231/2001 non si applicasse agli enti stranieri, si consentirebbe una deleteria alterazione della concorrenza tra le imprese.

Nondimeno, a ben vedere, proprio l'argomento dell'alterazione della concorrenza potrebbe condurre a risultati aberranti: applicare la 231 agli enti esteri non aventi alcuna sede in Italia comporterebbe difatti una sorta di "concorrenza sleale tra paesi", che metterebbe in fuga i capitali stranieri

dal nostro territorio e che sembra inaccettabile alla luce dei principi comunitari: l'imposizione di parametri eccessivamente severi nella produzione di determinati beni, infatti, potrebbe indurre gli imprenditori di rilievo internazionale a spostarsi verso ordinamenti meno rigorosi con legislazioni meno afflittive.

Peraltro, è stato giustamente osservato, che l'urgenza di una soluzione condivisa al problema si è posta anche per evitare il rischio che le norme in esso contenute vengano sostanzialmente eluse da imprese che operano in Italia attraverso lo stabilimento della propria sede principale all'estero.

Come sempre potrebbe perseguirsi una "terza via" costituzionalmente e comunitariamente orientata, come da molti suggerito, per l'applicabilità agli enti esteri della 231, ma con specifici correttivi.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

di Carlo Manacorda, Docente di Pianificazione, programmazione e controllo delle aziende pubbliche, Università degli Studi di Torino

Decreto 231 e nuovo ordinamento contabile di Regioni ed Enti locali

Se non ci saranno proroghe, il 1° gennaio 2015 entrerà in vigore il nuovo ordinamento contabile di Regioni ed Enti locali, previsto dai decreti legislativi n 118 del 2011 e n 126 del 2014. L'articolo 11 del decreto 118, sostituito e integrato dal decreto 126, introduce nella disciplina contabile di questi enti il "bilancio consolidato". Trovano dunque attuazione le sollecitazioni che, da tempo, la dottrina faceva in questo senso per poter disporre di un quadro completo della finanza territoriale.

In particolare, l'articolo 11-*bis* dispone che Regioni ed Enti locali redigano il bilancio consolidato anche con le proprie società controllate e partecipate secondo modalità e criteri definiti in apposito allegato ai decreti. Lo stesso decreto 126 si fa carico di definire che cosa s'intenda per società controllata e partecipata da questi soggetti (artt. 11-*quater* e 11-*quinquies*). Per la prima si richiamano, sostanzialmente, i principi previsti al proposito dall'articolo 2359 del codice civile. Per la seconda, si precisa che s'intende partecipata da una Regione o da un Ente locale la società nella quale questi soggetti dispongono, direttamente o indirettamente, di una quota di voti, esercitabili in assemblea, pari o superiori al 20 per cento, o al 10 per cento se si tratta di società quotata.

A prescindere dalle finalità contabili cui le norme sono preordinate, non c'è dubbio che esse ripropongono il problema di definire una disciplina, chiara ed organica, circa l'applicazione del decreto legislativo 231/2001 agli organismi societari che contemplino, al proprio interno, la presenza di poteri e di capitale pubblici. Dato infatti per acclarato – segnatamente dopo le sentenze della Cassazione penale n. 28699/2010 e n. 234/2011 – che il decreto 231 si applica anche alle società a partecipazione pubblica che svolgono servizi pubblici, l'occasione dell'applicazione del nuovo ordinamento contabile in argomento può tornare utile per:

- chiarire, in maniera esplicita e senza attendere le consuete (sebbene apprezzabilissime) interpretazioni della giurisprudenza, che il decreto si applica anche alle società

- controllate e partecipate dagli enti territoriali, comprese le loro società *in house*;
- sollecitare gli organismi di controllo delle società controllate e partecipate a vigilare affinché il 231 sia applicato e correttamente presso tutti questi soggetti;
- stabilire con quali modalità Regione o Ente locale possano intervenire direttamente per obbligare gli enti a loro collegati o da essi partecipati a dare applicazione al decreto 231.

Posto che il bilancio consolidato fa assumere alla Regione e all'Ente locale una sorta di posizione di *holding*, utili suggerimenti a tenere conto, nell'applicazione del loro nuovo ordinamento contabile, di quanto detto sopra possono venire dalle recenti "Linee Guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d. lgs. 231/2001" di Confindustria, approvate il 24 luglio 2014 dal Ministero della Giustizia. Le "Linee" dedicano particolare attenzione all'adozione dei Modelli organizzativi da parte delle società appartenenti ad un gruppo (per le Regioni, l'articolo 68 del decreto 216, disponendo del loro bilancio consolidato con le società controllate e partecipate, stabilisce che esse costituiscono il "Gruppo della Regione"). Le "Linee" prevedono che ogni società del gruppo – in quanto destinataria diretta dei precetti del decreto 231 – predisponga il proprio Modello di organizzazione, controllo e gestione adeguato alle proprie esigenze e nomini un proprio Organismo di Vigilanza. Raccomandano, tuttavia, che la società controllante – senza ingerirsi nell'elaborazione dei documenti – solleciti comunque tutte le società del gruppo all'adozione e applicazione del Modello e alla nomina dell'Organismo di Vigilanza.

Ritornando a Regioni ed Enti locali, resta un ulteriore problema di non semplice soluzione. L'articolo 16 del decreto-legge n. 90/ 2014, convertito nella legge 114/2014, ipotizza il caso in cui siano nominati, negli organi di governo di una società controllata direttamente o indirettamente da un'amministrazione pubblica (e così Regioni ed Enti locali), dipendenti dell'amministrazione stessa. *Quid iuris* ove avessero a verificarsi, presso la società controllata, casi di violazione delle norme del decreto 231? Stante il disposto del comma 3 dell'articolo 1 del decreto 231, sembrerebbe doversi escludere, in assoluto, un concorso nelle responsabilità dell'ente territoriale controllante, ma andrebbe precisato che questa condizione si verifica, sempre e comunque, anche quando l'ente territoriale è soggetto controllante di società. E quali responsabilità farebbero anche capo al

dipendente pubblico nominato nel consiglio di amministrazione della controllata? L'introduzione del bilancio consolidato per Regioni ed Enti locali riaccende problematiche di questa natura per le quali, a tutt'oggi, non sembrano esistere risposte né in sede legislativa, né in sede giurisprudenziale. Stesse questioni si pongono, quantunque con configurazioni diverse, a proposito degli enti strumentali di Regioni ed Enti locali, anch'essi attratti dal nuovo ordinamento contabile al bilancio consolidato.

Regioni – nell'ambito dei propri poteri legislativi anche per l'attuazione del nuovo ordinamento contabile –, ed Enti locali – avvalendosi del potere regolamentare –, dovrebbero dunque affrontare e disciplinare, in qualche maniera, le situazioni sopra esposte.