

Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 8 - settembre 2015

PLENUM

rivista231.it

Sommario

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE	5
<i>di Ranieri Razzante</i>	
3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	7
<i>di Ciro Santoriello</i>	
4. INFORMATICA FORENSE	18
<i>di Giuseppe Vaciago e Giuseppe Dezzani</i>	
5. PRIVACY	21
<i>di Patrizia Ghini</i>	
6. PROFILI INTERNAZIONALI	23
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	25
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Proporzione tra profitto dell'ente e valore dei beni sequestrati

La vicenda fattuale vedeva un provvedimento di sequestro conservativo di terreni e sequestro per equivalente di 36.000 euro nella disponibilità di una società, il cui amministratore era imputato di contravvenzioni ambientali di grave natura, segnatamente il reato di discarica abusiva (art. 256, comma 3, D. Lgs. 152/06) e di traffico illecito di rifiuti (art. 260 D. Lgs. 152/2006).

Il Tribunale del Riesame di L'Aquila aveva annullato l'ordinanza di sequestro del G.I.P. limitatamente ai soli terreni, sui quali era però intervenuto un sequestro probatorio, ritenuto invece ammissibile per le esigenze di prova del processo penale in relazione al volume di rifiuti scaricato sull'area.

Il legale della società, a sua volta imputata ai sensi dell'art. 25-undecies D.Lgs. 231/01 per la responsabilità amministrativa da reato, ricorreva così per Cassazione avanzando due censure principali alle decisioni del Tribunale aquilano.

In primo luogo si lamentava del fatto che il Tribunale non avesse dato congruo riscontro ai motivi di impugnazione dell'ordinanza cautelare, segnatamente limitandosi a trattare dei fatti omettendo invece di fare riferimento – come contenuto nell'atto – alla valutazione del profitto del reato.

In secondo luogo si lamentava l'erronea applicazione degli artt. 19 e 53 D.Lgs. 231/01 per la definizione giuridica del "profitto del reato", non avendo il Tribunale espresso alcun giudizio di congruità tra il sequestro per equivalente di 36.000 euro e l'effettivo profitti conseguito dalla società.

In altre parole i Giudici del riesame non avevano espresso alcun parere in ordine alla necessaria proporzionalità tra profitto conseguito dall'ente e valore dei beni sequestrati.

La sentenza della Corte di Cassazione, sezione III, n. 34913 del 2.7.2015 stabilisce che il Tribunale non ha fatto altro che appiattare la propria valutazione considerando identici il "profitto" del reato e il risparmio conseguito dall'ente per la mancata realizzazione della runway and safety area aeroportuale, senza svolgere indagini più approfondite in merito d omettendo di valutare anche in minima parte i rilievi difensivi.

La Cassazione prosegue nel ricordare come al Tribunale non sia preclusa la valutazione circa la corretta prospettazione del profitto del reato, nonché la determinazione dell'equivalenza tra i beni sottoposti a sequestro ed il profitto stesso: se così non fosse, difatti, la misura cautelare sarebbe sganciata da un qualsiasi parametro di logica e proporzionalità, potendo essere eccessivamente afflittiva nei confronti di un destinatario inerme o quasi.

L'adempimento estimatorio finale non può essere quindi demandato alla fase di merito del processo per la successiva confisca, ma deve avvenire anche in sede cautelare per impedire l'ablazione di beni imprenditoriali con un provvedimento non contenente una adeguata ponderazione numerica.

La pronuncia assume rilievo proprio perché i principi di proporzionalità nelle misure cautelari reali sembrano permeare dal diritto penale dell'economia anche verso le branche del diritto ambientale.

Le conseguenze giuridiche in tema di responsabilità dell'ente per reati ambientali sono di particolare importanza, specie in relazione ad impianti di grande scala (ad es. discariche a ciclo integrato, impianti soggetti ad AIA per il particolare ciclo produttivo, etc.).

Se l'orientamento qui considerato troverà espansione e, soprattutto, continuità sarà lecito aspettarsi una più attenta valutazione e motivazione dei provvedimenti in sede cautelare, con una più attenta valutazione dei fatti in conformità del principio di proporzionalità.

ANTICORRUZIONE

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

L'UIF detta le nuove regole per i paradisi fiscali

Nell'ambito della Collana "Analisi e studi", il 4 agosto 2015 la UIF – Unità di informazione Finanziaria – ha pubblicato sul proprio sito istituzionale il documento "I Paradisi fiscali: caratteristiche operative, evidenze empiriche e anomalie finanziarie".

È ormai noto che l'abbattimento delle barriere e la globalizzazione dei mercati hanno inciso con decisione sui sistemi economici dei singoli Paesi, facilitando il proliferare di regimi o territori che adottano politiche fiscali di vantaggio per attirare capitali. Ne discende che la cronaca giudiziaria presenta quasi quotidianamente casi in cui risultano coinvolti a vario titolo operatori economici con sede in paesi alternativamente identificati come "paradisi fiscali" o "centri finanziari *offshore*".

Nel corso degli anni, in capo alla comunità economica internazionale sono stati predisposti meccanismi di collaborazione e scambio informativo in materia fiscale, di supervisione degli intermediari finanziari e di antiriciclaggio, cui ha corrisposto, in osservanza al principio del *name and shame*, la compilazione di liste di giurisdizione inadempimenti, ovvero inosservanti dei principi internazionali riconosciuti in tali ambiti.

Tuttavia, nel già citato documento del 4 agosto, i tecnici dell'*authority* antiriciclaggio evidenziano come i paradisi fiscali o i centri finanziari *offshore* non possono essere individuati esclusivamente in virtù del meccanismo delle c.d. liste nere, poiché detti "paradisi" si differenziano tra loro sia per il grado complessivo di opacità garantito, sia per il tipo di servizi di opacità offerti.

Pertanto, la UIF - con lo studio in commento – si propone innanzitutto di misurare il grado di opacità dei singoli paesi nelle differenti dimensioni possibili. In tal senso lo studio si è concentrato su un campione di 58 paesi non collaborativi, *rectius* "a rischio", per i quali in letteratura sono disponibili indicatori quantitativi. Quest'ultimi permettono di misurare, per ogni paese, il livello di opacità, sia complessivo, sia per le singole componenti societarie, fiscali e dell'antiriciclaggio.

L'analisi ha altresì documentato il peso rilevante dei paesi non collaborativi sui flussi finanziari internazionali e su quelli in contropartita con l'Italia.

Proprio in relazione all'Italia, la UIF rende noto che ammonta a circa cinquecento miliardi di euro la somma degli investimenti degli italiani nei paradisi fiscali (il 45% del totale degli investimenti di portafogli del nostro paese). Inoltre, emerge che una quota rilevante di bonifici con l'estero effettuati o ricevuti da intermediari di paesi c.d. "virtuosi" presenta elementi di "non trasparenza", riguardando soggetti residenti in paesi a rischio, al plausibile scopo di mascherare l'effettiva provenienza e titolarità dei fondi movimentati (c.d. triangolazione).

Lo studio fornito dalla UIF costituisce certamente un ottimo punto di partenza per sviluppare un'analisi dei paesi a rischio che superi il "tradizionale" schema delle liste, e che al contempo non si fondi su una mera valutazione qualitativa del livello di opacità dei tali paesi.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Costituzione dell'ente ed esercizio del diritto di difesa

La decisione

Sequestro preventivo – Procedimento di riesame – Richiesta di riesame avanzata dal difensore di fiducia della persona giuridica in assenza di una formale costituzione dell'ente – Ammissibilità (C.p.p., artt. 321, 324; D.Lgs. 231/01, art. 39, 52, 53, 57)

Nomina del difensore di fiducia dell'ente – Nomina da parte del rappresentante legale indagato o imputato – Incompatibilità – Inammissibilità della nomina – Conseguenze – Sequestro preventivo – Richiesta di riesame avanzata dal difensore di fiducia – Inammissibilità (C.p.p., artt. 96, 324; D.Lgs. 231/01, art. 39, 52, 53, 57)

Nell'ambito del processo verso un ente collettivo per la sua responsabilità da reato, deve ritenersi ammissibile la richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo proposta dal difensore di fiducia dell'ente, pur in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 D.Lgs. 231/01, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata l'informazione di garanzia prevista dall'articolo 57 dello stesso decreto legislativo(1).

In materia di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'articolo 39 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, essendo quindi inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia indagato o imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (2).

CASSAZIONE PENALE – SEZIONI UNITE – 28 LUGLIO 2015 (C.C. 28 MAGGIO 2015) N. 15249 - SANTACROCE, PRESIDENTE – VESSICHELLI, ESTENSORE - COVALM BIOGAS

(1, 2) 1. Sui precedenti giurisprudenziali attinenti la questione decisa dalle Sezioni Unite si era già riferito nella newsletter del giugno 2015, cui si fa richiamo.

2. Nella decisione in epigrafe, che la Suprema Corte ha adottato una soluzione di compromesso, peraltro già suggerita dalla sentenza Cass., sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, in Mass. Uff., n. 244407.

Secondo la Corte, anche se che la costituzione dell'ente collettivo nel processo non può essere effettuata se non facendo ricorso al particolare procedimento descritto dall'art. 39, comma 1, D.Lgs. 231/01, occorre però riconoscere che il sistema processuale delineato dal citato decreto consente comunque all'ente di nominare comunque un difensore di fiducia anche in assenza di una sua formale costituzione nel procedimento - da intendersi tale espressione come facente riferimento non solo alla fase del giudizio ma anche alla fase delle indagini preliminari.

Il motivo per cui la società non costituitasi può comunque legittimamente nominare un proprio difensore di fiducia è secondo la Corte di Cassazione duplice. In primo luogo, a sostegno di questa tesi sta un indice normativo rappresentato dal fatto che la stessa dichiarazione di costituzione dell'ente deve essere sottoscritta dal difensore ed è quindi un atto del difensore fiduciario: ciò inevitabilmente implica, che anche prima di tale costituzione, ben possa essere stata effettuata dal rappresentante legale dell'ente la nomina del difensore di fiducia.

In secondo luogo, la Corte invita a considerare come, in relazione a particolari atti investigativi - si pensi ai cosiddetti atti a sorpresa -, occorra riconoscere prontamente alla persona giuridica la possibilità di esercitare le proprie facoltà difensive, secondo le modalità che la stessa ritenga più opportune: sarebbe infatti lesivo dei diritti inviolabili di difesa propri dell'ente collettivo sottoposto a processo ritenere che al difensore di fiducia comunque nominato, sia pur senza previa costituzione ex art. 39 citato, non possa comunque far valere le ragioni della persona giuridica.

In sostanza, secondo la Suprema Corte, ogni qualvolta l'ente - a prescindere, lo si ripete, dalla sua costituzione in giudizio - abbia nominato un difensore di fiducia, si deve ritenere che detta nomina espliciti piena

efficacia, nel senso di legittimare il difensore all'assunzione di eventuali iniziative quali l'attivazione delle procedure di impugnazione cautelare - al pari d'altronde di quanto sarebbe sicuramente riconosciuto in questo caso al difensore d'ufficio designato in assenza della nomina del difensore di fiducia e pur in mancanza di costituzione della società, non essendo logico riconoscere al primo soggetto un ambito di poteri più ampio di quello attribuito al soggetto investito da un mandato fiduciario.

3. Questa conclusione incontra però alcuni limiti.

A prescindere dal fatto che il difensore di fiducia dell'ente non costituitosi non può esercitare i cosiddetti diritti personalissimi - quale esempio la scelta di un rito alternativo o formulare istanze istruttorie al pubblico ministero -, vi è un'ipotesi in cui tale particolare nomina fiduciaria rimane sostanzialmente senza effetto. Secondo la Cassazione infatti nessuna facoltà difensionale può esercitare il difensore di fiducia dell'ente non costituitosi quando all'ente medesimo sia stata notificata l'informazione di garanzia e ciò in quanto tale atto dell'Autorità Giudiziaria indica alla persona giuridica quali siano gli oneri che deve assolvere per poter partecipare al procedimento.

Questa conclusione è condivisibile: se infatti la ragione principale per cui deve ammettersi rilevanza ed efficacia alla nomina del difensore di fiducia effettuata dall'ente non costituito risiede nella circostanza che la persona giuridica deve potersi prontamente ed efficacemente difendere in caso di atti investigativi a sorpresa - e quindi non deve vedere la propria strategia difensiva in qualche modo ostacolata dalla necessaria osservanza di particolari procedure, quali potrebbe essere per l'appunto l'obbligatoria costituzione in giudizio prima di poter nominare un difensore di fiducia -, è evidente che tale esigenza non sussiste quando alla società sia stato notificato l'avviso di garanzia; la notifica di tale atto infatti di regola si verifica quando l'Autorità Giudiziaria non ha da compiere alcun atto investigativo a sorpresa e non ha particolari esigenze di segretezza e celerità nella fase delle indagini e quindi in tali circostanza l'ente dispone di un congruo termine per porre in essere gli adempimenti di cui all'art. 39 citato e per l'espletamento dei relativi diritti difensivi.

In sostanza, conclude la corte, "in tutti i frangenti e di segmenti procedurali che seguono un'informazione di garanzia contenente l'avvertimento della necessità della costituzione per partecipare al procedimento, il mancato esercizio di tale onere deve essere ritenuto come una precisa opzione processuale che vale ad incidere negativamente

anche sulla legittimazione del difensore di fiducia, i cui poteri restano incapace di produrre effetti procedurali, con il conseguente subentro di quelli del - a questo punto indispensabile - difensore di ufficio”.

4. La seconda limitazione inerente l'efficacia della nomina del difensore di fiducia da parte dell'ente collettivo non riguarda l'ipotesi in cui tale ente non si sia ancora costituito, ma concerne un'ipotesi – di cui si fa menzione nella seconda massima - di carattere più generale inerente il caso in cui la nomina del difensore di fiducia provenga dalla rappresentante legale della società, il quale sia a sua volta indagato o imputato per il medesimo reato presupposto da cui discende l'eventuale responsabilità dell'ente collettivo. In tale circostanza, l'inefficacia della nomina del difensore di fiducia non dipende dal fatto che l'ente, non essendosi costituito, non ha fatto ancora comparsa nel proscenio processuale, quanto dalla presunzione di incompatibilità che in questo caso sussiste fra l'ente collettivo ed il suo rappresentante legale, il quale essendo indagato o imputato per un illecito da cui deriva la responsabilità della persona giuridica presso cui egli stesso operava, si ritiene versare - con presunzione assoluta ed insuscettibile di prova in senso contrario - in una situazione di conflitto di interessi, che lo rende inidoneo ad esercitare qualsiasi facoltà difensiva per conto dell'ente. Ciò comporta quindi che, laddove il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto abbia provveduto alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, tale nomina è da ritenersi priva di qualsiasi efficacia ed eventuali istanze vanno qualificate come inammissibili.

Mancata individuazione dell'autore del reato presupposto e responsabilità dell'ente

La decisione

Responsabilità della società - Sussistenza del reato presupposto e degli altri requisiti richiesti - Mancata individuazione della persona fisica responsabile- Condanna della società – Ammissibilità (D.Lgs. 231/01, art. 8)

Responsabilità della società - Sussistenza del reato presupposto e degli altri requisiti richiesti - Assoluzione dell'originario imputato del reato presupposto e conseguente riferibilità del reato ad altra persona fisica non identificata comunque rientrante nel novero dei soggetti indicati dagli artt. 5 e 6 D.Lgs. 231/01 – Modifica dell'originaria contestazione nei confronti dell'ente collettivo - Insussistenza (D.Lgs. 231/01, artt. 5, 6 ed 8)

L'illecito addebitabile all'ente ai sensi del D.Lgs. 231/01 non consiste in una responsabilità sussidiaria per il fatto altrui, venendo l'ente punito per il fatto proprio colpevole, dipendente da un proprio deficit organizzativo, con la conseguenza che la persona giuridica può essere riconosciuta responsabile di tale illecito anche laddove non sia concretamente individuata la persona fisica autrice del cosiddetto reato presupposto (1).

Non sussiste alcuna modifica dell'originaria imputazione mossa all'ente collettivo-e deve quindi ritenersi insussistente qualsiasi violazione dei diritti di difesa spettante al medesimo-laddove il soggetto originariamente imputato per il reato presupposto da cui derivi la responsabilità dell'ente venga assolto e conseguentemente si ritenga che l'illecito presupposto sia stato commesso da altro soggetto, non identificato ma comunque rientrante nel novero dei soggetti indicati dagli articoli 5 e 6 D.Lgs. 231/01 (2).

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE PRIMA – 2 SETTEMBRE 2015 (C.C. 2 LUGLIO 2015) N. 35818 - CORTESE, PRESIDENTE –DI TOMASSI, ESTENSORE – CITIBAK N.A.

1. La decisione in commento pare solo parzialmente condivisibile, lasciando perplessi in particolare la seconda massima.

2. La prima massima è senz'altro aderente al dettato normativo, posto che l'art. 8, comma 1, D.Lgs. 231/01 espressamente prevede che "La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile".

Tale disposizione conferisce alla colpevolezza della persona giuridica una configurazione autonoma rispetto alla responsabilità della persona fisica per la realizzazione del reato presupposto, aprendo "prospettive del tutto inedite, nelle quali campeggia il ruolo 'motore' dell'organizzazione dell'ente rispetto alla commissione del reato; il legislatore si è spinto fino ad accettare che la punizione del singolo sia persino accantonata perché impossibile per difetto di elementi di fatto o per il sopraggiungere di una causa di estinzione di tipo giuridico, ma è ben chiaro che, nel far ciò, si indica con chiarezza che il vero protagonista è, appunto, the legal entity, non come generico 'brodo di coltura' delle opportunità illegittime, tipiche degli occupational crime, bensì come attore principale della vicenda criminosa che merita una punizione perché ha tenuto una condotta antiggiuridica con adeguata colpevolezza" (ALESSANDRI, Presentazione, in AA.VV., I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/01. Etica d'impresa e punibilità degli enti, a cura di MONESI, Milano 2005, XXV).

3. Ciò posto, ci pare comunque difficile sostenere che l'identificazione dell'autore del reato possa essere in concreto irrilevante per approdare ad una condanna della persona giuridica.

In primo luogo l'individuazione dell'autore del reato è essenziale per decidere se applicare o meno le sanzioni interdittive, in quanto solo per i reati commessi da persone soggette all'altrui direzione esse sono disposte quando "la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative", secondo quanto dispone l'art. 13, comma 1, lett. a) del decreto. Si consideri ancora come dalla identificazione del reo possano "derivare conseguenze per la valutazione della gravità del fatto dell'ente, nell'ambito della quale gravità rientra anche il grado di colpevolezza dell'autore del reato".

A prescindere da queste considerazioni poi va considerato come a seconda che responsabile per il reato sia ritenuto un soggetto posto in posizione cosiddetta apicale o un soggetto sottoposto all'altrui direzione mutano l'onere della prova circa la sussistenza della colpa organizzativa,

l'incidenza causale dell'omessa vigilanza sulla condotta delittuosa e la possibilità di escludere l'inosservanza degli obblighi di vigilanza in caso di adozione ed attuazione del modello organizzativo – gestionale. Alla luce di queste considerazioni non pare potersi affermare – come invece afferma la decisione in epigrafe - che sia irrilevante che la persona fisica originariamente imputata per il reato presupposto venga assolta e l'illecito riferito ad un nuovo – e per di più non identificato – soggetto.

Infortunati sul lavoro e responsabilità della società

La decisione

Infortunati sul lavoro – Profitto del reato – Mancato adozione dei necessari strumenti di protezione e prosecuzione dell'attività in condizioni di minore sicurezza – Quantificazione – Risparmio delle spese necessario per la messa in sicurezza dei luoghi di lavoro (D.Lgs. 231/01, artt. 19, 25 septies)

Con riguardo ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali, il profitto che l'ente ricava da tale comportamento è costituito dalla mancata adozione dei necessari accorgimenti di natura cautelare o dallo svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto, e quindi – sotto il profilo quantitativo – il profitto va individuato nel risparmio di spesa conseguente la mancata adozione degli investimenti necessari per porre in sicurezza l'impianto oltre che nella prosecuzione dell'attività funzionale alla strategia aziendale ma non conforme ai canoni di sicurezza (1).

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE QUARTA – 16 LUGLIO 2015 (C.C. 23 GIUGNO)
N. 31003 - BRUSCO, PRESIDENTE – PICCIALLI, ESTENSORE – ITALNASTRI
S.P.A.

1. Trattasi di orientamento assolutamente consolidato – per tutti cfr. la cosiddetta sentenza Thyssen delle sezioni unite (Cass., sez. un., 15 settembre 2014), di cui si è fatta menzione in una precedente Circolare.

2. Si ricorda in proposito che secondo la giurisprudenza il "profitto del reato" è qualsiasi "vantaggio economico" che costituisca un "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale" che abbia una "diretta derivazione causale" dalla commissione dell'illecito (Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Chabni, in Mass. Uff., n. 205707; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Focarelli, in Mass. Uff., n. 228166; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, in Mass. Uff., n. 232164). Tale impostazione però non comporta che tale beneficio debba essere individuato nell'utile che il reo trae dalla sua condotta delittuosa né tanto meno che debba tradursi in un accrescimento materiale del suo patrimonio – insomma non è necessario che in conseguenza del reato il responsabile dello stesso acquisisca la disponibilità di beni o somme di

denaro, ulteriori rispetto a quello di cui era già in possesso -, giacché il profitto del crimine è nozione comprensiva anche di qualsivoglia utilità che il criminale realizza come effetto anche mediato ed indiretto della sua attività criminosa (Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, Miragliotta, in Mass. Uff., n. 238700). Quest'ultimo profilo è stato confermato in una recentissima decisione delle Sezioni Unite (30 gennaio 2014, Gubert, in Mass. Uff., n. 258647) che – nell'ambito di una decisione relativa alla possibilità di procedere ad una confisca per equivalente in capo ad una persona giuridica in relazione ad illeciti fiscali commessi dal suo amministratore e nell'interesse della società stessa – hanno chiaramente affermato che il concetto di profitto di reato legittimante la confisca deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa.

3. Sulla scorta di queste riflessioni diventa agevole riconoscere – come fa appunto la sentenza in commento – che nulla preclude la possibilità di rinvenire un profitto anche in presenza di reati colposi, ed in specie laddove la condotta colposa si concreti nella violazione della normativa sulla sicurezza sui luoghi di lavoro. In tale ipotesi, infatti, il profitto può individuarsi, quanto meno, nel risparmio di spesa inerente l'ammodernamento e la messa a norma degli impianti e più in generale la mancata adozione delle doverose misure di sicurezza e prevenzione degli infortuni e malattie professionali – dovendosi poi considerare, accanto a tale profilo, anche il beneficio pervenuto in capo alla società dalla prosecuzione dell'attività funzionale alla strategia aziendale ma non conforme ai canoni di sicurezza.

Si noti che questa conclusione è aderente a quanto asserito dalle Sezioni Unite nella principale decisione che si è occupata della definizione del profitto del reato con riferimento alla responsabilità da reato delle persone fisiche (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italmobiliare Spa e altri, in Mass. Uff., n.239924). In tale occasione, infatti, la Cassazione ha precisato che nella ricostruzione della nozione in esame non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico - quali ad esempio quelli del "profitto lordo" e del "profitto netto" -, non fosse altro per il fatto che nel linguaggio penalistico l'espressione in discorso ha assunto sempre un significato oggettivamente più ampio rispetto a quello economico o aziendalistico, non venendo mai inteso come espressione di una

grandezza residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito.

4. Secondo la Cassazione dunque la nozione di profitto assume significati diversi in relazione ai differenti contesti normativi in cui è il termine è richiamato. Per cui, in presenza di reati colposi di evento, posto che la responsabilità del reato è attribuita all'ente in quanto la condotta violativa delle regole cautelari è stata assunta nel suo interesse, "l'idea di profitto si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto".

Infortunati sul lavoro e responsabilità della società

La decisione

Infortunati sul lavoro – Profitto del reato – Mancato adozione dei necessari strumenti di protezione e prosecuzione dell'attività in condizioni di minore sicurezza – Quantificazione – Risparmio delle spese necessario per la messa in sicurezza dei luoghi di lavoro (D.Lgs. 231/01, artt. 19, 25 septies)

Con riguardo ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali, il profitto che l'ente ricava da tale comportamento è costituito dalla mancata adozione dei necessari accorgimenti di natura cautelare o dallo svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto, e quindi – sotto il profilo quantitativo – il profitto va individuato nel risparmio di spesa conseguente la mancata adozione degli investimenti necessari per porre in sicurezza l'impianto oltre che nella prosecuzione dell'attività funzionale alla strategia aziendale ma non conforme ai canoni di sicurezza. Tuttavia, la quantificazione di tale profitto non può essere operata mediante un generico riferimento alle spese per la sicurezza che la società avrebbe dovuto eventualmente realizzare in base ad una astratta valutazione, ma occorre un compiuto accertamento in ordine agli investimenti effettivamente necessario ed il cui mancato assolvimento – con risparmio del relativo costo – ha determinato l'infortunio del dipendente (1).

TRIBUNALE TRENTO – GIUDICE DEL'UDIENZA PRELIMINARE - 13 MARZO 2015 - ANCONA, ESTENSORE

1. Si veda il commento alla decisione della Cassazione di cui sopra

INFORMATICA FORENSE

di **Giuseppe Vaciago**, avvocato in Milano, e **Giuseppe Dezzani**, Digital Forensic Bureau, Torino

La Cassazione interviene sugli strumenti di controllo tecnologico da remoto (Corte di Cassazione, sez. VI Penale, sentenza 26 maggio – 26 giugno 2015, n. 27100)

Il caso riguarda l'intercettazione telematica disposta dalla Procura di Catania nei confronti di presunti appartenenti a un clan mafioso, realizzata tramite l'utilizzo di un "virus informatico" che, una volta installato nei telefoni di due indagati, era in grado di far attivare da remoto il microfono e la telecamera dei cellulari e permettere così la registrazione delle conversazioni e delle immagini da parte degli inquirenti.

Già con riguardo alle nuove norme antiterrorismo, nel marzo di quest'anno il premier Renzi era intervenuto per chiedere, ottenendolo, lo stralcio di alcune norme che avrebbero consentito un controllo più invasivo degli strumenti elettronici dei cittadini da parte degli inquirenti: in particolare, per quanto qui interessa, non si è dato seguito alla proposta di modifica dell'art. 266 c.p.p., che avrebbe consentito l'intercettazione di flussi di comunicazioni anche tramite l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico.

Ora anche la Corte di Cassazione prende posizione in merito all'utilizzo dei c.d. "captatori informatici" o "agenti intrusori", distinguendo a seconda che la captazione abbia avuto ad oggetto conversazioni o immagini.

Con riguardo alle conversazioni, la Corte, dopo aver constatato come l'art. 15 della Costituzione sancisca il principio per cui "la libertà e la segretezza delle comunicazioni sono inviolabili, ammettendo una limitazione soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge", chiarisce come la norma sulle intercettazioni di comunicazioni fra persone presenti di cui all'art. 266 c.p.p., sia di stretta interpretazione e si riferisca alla captazione di conversazioni che avvengono in luoghi ben determinati, non ovunque.

Nel caso di specie, la tecnica utilizzata consentiva, attraverso l'attivazione del microfono del telefono cellulare, la captazione di comunicazioni in qualsiasi luogo avvenissero, cosa che per la Corte non è giuridicamente ammissibile proprio perché, stante l'art. 15 Cost., non è possibile "attribuire alla norma codicistica una portata applicativa così ampia da includere la possibilità di una captazione esperibile ovunque il soggetto si sposti".

Quindi, secondo i giudici del Palazzaccio, il decreto con cui le intercettazioni di conversazioni vengono autorizzate deve necessariamente "individuare, con precisione, i luoghi nei quali dovrà essere espletata l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti, non essendo ammissibile un'indicazione indeterminata o addirittura l'assenza di ogni indicazione, al riguardo". In caso contrario, le captazioni di conversazioni sono da ritenersi "illegittime e quindi inutilizzabili, perché non è consentita l'effettuazione di intercettazioni tra presenti ovunque".

Con riguardo al tema della captazione di immagini e l'effettuazione di videoriprese, costante è l'orientamento giurisprudenziale in base al quale le videoregistrazioni in luoghi pubblici o aperti o esposti al pubblico, se effettuate dalla Polizia giudiziaria anche di propria iniziativa, vanno incluse nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189, c.p.p. Tuttavia, anche tali riprese non possono essere espletate ovunque perché, come si esprime anche la Cassazione nella sentenza in commento, "le videoregistrazioni effettuate in ambito domiciliare, ai fini del procedimento penale, sono acquisite illecitamente e sono perciò inutilizzabili, anche se la tutela costituzionale del domicilio va limitata ai luoghi con i quali la persona abbia un rapporto stabile".

Di conseguenza, anche per quanto riguarda le videoregistrazioni effettuate con l'utilizzo di captatori informatici, non potranno essere utilizzate videoregistrazioni effettuate all'interno di luoghi di privata dimora o, comunque, tali da imporre la necessità di tutelare la riservatezza personale.

In definitiva, secondo gli ermellini, la questione relativa all'uso delle nuove tecnologie investigative non riguarda la "legittimità della tecnica di acquisizione probatoria, in sé considerata", ma piuttosto la "utilizzabilità delle relative risultanze".

Questa sentenza è sicuramente in controtendenza con il dibattito legislativo sorto durante l'approvazione del decreto antiterrorismo che sembrava orientato verso la direzione di un più diffuso utilizzo di strumenti tecnologici di controllo. Applicato nell'ambito del D.Lgs. 231/01 questa pronuncia rappresenta sicuramente un monito importante verso l'uso massivo di strumento di controllo, dei dipendenti sicuramente meno invasivi di quello descritti, anche se volti a rispettare i protocolli previsti dal modello di organizzazione gestione e controllo.

PRIVACY

di Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano

Verifiche dell’OdV, tra esigenze di indagine e rispetto della privacy

L’Organismo di Vigilanza delle società e degli altri enti che hanno adottato il particolare modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 dovrebbe accertarsi che le procedure inerenti l’espletamento del suo mandato rispettino le garanzie previste dall’ordinamento giuridico in materia di protezione dei dati personali.

Il contemperamento tra le opposte esigenze di indagine e di privacy è un tema di grande attualità a livello generale (si pensi al dibattito politico in materia di intercettazioni) e assume una rilevanza concreta anche nell’attuazione dei modelli organizzativi, considerati gli ampi poteri di indagine e controllo normalmente attribuiti dai modelli 231 all’Organismo di Vigilanza. A prescindere da quanto sia previsto dal modello, tale organo dovrebbe sempre considerare i diritti riconosciuti dalla legge ai soggetti “interessati” (in particolare, dal D.Lgs. 196/2003 e connessi provvedimenti del Garante privacy). In altri termini, occorre sempre accertarsi che i poteri di controllo non siano esercitati con modalità tali da violare la riservatezza dei terzi, a qualunque titolo coinvolti nelle attività di indagine.

In linea di principio, è necessario un equilibrio nei rapporti tra esigenze di controllo e riservatezza, che garantisca a quest’ultima un’adeguata tutela.

Di fronte a procedure aziendali che prevedano la segnalazione, l’informazione, la trasmissione di flussi informativi all’OdV, emerge l’esigenza di appurare preventivamente come gestire correttamente le eventuali informazioni di natura personale o altrimenti riservata, selezionando accuratamente quelle da comunicare o da conservare. Basilare, a tal fine, chiarire il concetto di “dato personale” definito dal Codice privacy, e distinguere i dati relativi all’ente stesso rispetto a quelli dei terzi, dipendenti in primis.

La comunicazione di informazioni di natura personale nell’ambito di un procedimento di indagine deve sì considerare le regole previste dal Modello organizzativo, ma con un approccio “critico” per non rischiare di violare, nei confronti di chi abbia violato. Si pensi all’inopportuna diffusione di notizie relative all’apertura di un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente in merito all’ipotizzata violazione delle regole del Modello

organizzativo, nella consapevolezza che non tutto ciò che è meritevole di indagine o di sanzione deve necessariamente essere di pubblico interesse. Ciò vale ad esempio per le notizie apprese nell'ambito delle varie procedure di "whistleblowing" adottate dalle società: risorsa informativa fondamentale per le attività di vigilanza, ma che – soprattutto quando sia ammessa la segnalazione in forma anonima – deve essere gestita con molta cautela sia da parte dell'OdV che da parte delle strutture aziendali deputate a gestire il procedimento disciplinare (e ciò vuoi per evitare fughe di notizie che possono pregiudicare le indagini vuoi per non violare la privacy degli interessati).

Il compromesso tra le opposte esigenze normalmente si raggiunge con l'individuazione e adozione di alcune fondamentali misure di sicurezza, idonee a garantire uno standard almeno minimale di tutela dei dati personali acquisiti nell'ambito dei controlli previsti dal Modello.

Occorre garantire che il coinvolgimento a qualsiasi titolo in un procedimento di indagine (es. diffusione della notizia della "convocazione" per un colloquio presso l'OdV o presso il Responsabile delle Risorse Umane) non diventi la ragione, per se stessa sufficiente, per esporre l'interessato a sospetti di vario tipo.

Va inoltre assicurata una puntuale selezione del materiale che l'OdV può richiedere, analizzare, duplicare, conservare, evitando la creazione, ad esempio, di archivi di dati personali che non rispettino le misure di sicurezza originariamente implementate per quelli "originari" (successivamente duplicati dall'OdV).

PROFILI INTERNAZIONALI

di Giovanni Tartaglia Polcini, Magistrato, Consigliere giuridico presso il Ministero degli Affari Esteri e Paola Porcelli, Avvocato, patrocinante in Cassazione, Foro di Benevento

L'Italia implementa gli alti principi in materia di beneficial ownership transparency, adottati nel 2014 dal gruppo di lavoro anticorruzione del G20

Come noto, l'Italia, in ambito ACWG del G 20 si è resa promotrice di high principles on beneficial ownership transparency, adottati proprio a Roma nel 2014, presso la Farnesina.

Si tratta di regole generali e condivise globalmente sulla trasparenza della titolarità societarie.

Si è ora nella fase dell'attuazione in ciascun ordinamento delle regole suddette: Paesi come Regno Unito e India hanno già provveduto. In vista dei prossimi impegni dell'Italia sono in fase di preparazione i criteri di delega per il recepimento della IV direttiva antiriciclaggio pubblicata in GUCE il 5.06.15 (in vigore dal 25 giugno).

Due articoli della direttiva sono proprio relativi alla trasparenza della titolarità effettiva: l'art. 30 (per le persone giuridiche) e l'art. 31 (per i trust). Gli stessi impongono agli Stati membri di custodire le informazioni in un registro centrale che nel caso italiano sarà implementato da Infocamere.

E' un esempio emblematico di come i temi centrali in materia di diritto pubblico dell'economia siano al centro dell'agenda anche dell'unione oltre che del G20.

In sintesi:

L'Art. 30 IV Direttiva (BO persone giuridiche) così dispone: Le persone giuridiche devono ottenere informazioni accurate e aggiornate sul BO. Le stesse sono accessibili poi da:

- } autorità competenti e FIU senza alcuna restrizione;
- } in caso di adeguata verifica della clientela, le persone giuridiche devono fornire le informazioni sul BO ai soggetti obbligati;
- } persona o organizzazione con legittimo interesse dimostrabile.

L'Art.31 IV Direttiva (BO trust) invece, recita:

Fiduciari di trust espressi di diritto nazionale devono ottenere le informazioni sul BO del trust.

Le stesse sono accessibili poi da:

- | autorità competenti e FIU senza alcuna restrizione;
- | in caso di adeguata verifica della clientela, i fiduciari devono fornire le informazioni sul BO ai soggetti obbligati.

Gli Stati membri stabiliscono che le informazioni siano conservate in un registro centrale quando il trust genera obblighi fiscali.

Di recente, sempre sul tema, è stata svolta una visita on site da parte degli ispettori del Fondo Monetario Internazionale a gennaio 2015 in merito alla compliance dell'Italia agli standard FATF-GAFI sulla lotta al riciclaggio e finanziamento del terrorismo, oltre che, naturalmente e, a determinate condizioni, della responsabilità degli enti.

Sono state coinvolte le amministrazioni pubbliche, tra cui Mef, Bdl, UIF, GDF, DIA, DNA, Procure MILANO e ROMA, Giustizia, Dogane, Entrate, ANAC, nonché il settore privato (ordini professionali, banche, ABI).

La normativa del GAFI è strettamente collegata con il tema della corruzione e l'evasione fiscale in quanto si discute di reati presupposto al riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

Presto, nella Plenaria GAFI (18-23 ottobre) il rapporto ITALIA del FMI sulla compliance agli standard, tra cui quelli sulla trasparenza sarà discusso.

Il rapporto sarà pubblicato sul sito FATF entro 2015. Seguirà un follow-up per la successiva implementazione delle misure raccomandate dal rapporto.

Anche organizzazioni non statali ne' intergovernative come Transparency International hanno redatto un questionario sul BO, a testimonianza dell'attenzione che anche il mondo degli engagement groups riserva alla materia.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

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

L’A.N.AC. detta le regole sulle sanzioni per violazione di norme sulla trasparenza amministrativa

Il 23 luglio 2015, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.) ha pubblicato, nel proprio sito, il “Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell’articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33” (dopo soltanto Regolamento). Il Regolamento è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 176 del 31 luglio 2015. Con il provvedimento, l’A.N.AC. detta le regole per l’applicazione delle sanzioni nel caso di violazione di alcune norme sulla trasparenza amministrativa.

L’articolo 14 del decreto legislativo 33/2013 (dopo soltanto decreto 33) obbliga le amministrazioni tenute alla sua osservanza a pubblicare alcuni dati riguardanti i componenti degli organi di indirizzo politico utili a dare trasparenza alla loro posizione: assunzione di cariche presso altri enti pubblici e privati e relativi compensi, altri incarichi con oneri per la finanza pubblica e relativi compensi, situazione patrimoniale nei termini indicati dagli articoli 2, 3 e 4 della legge 441/1982 (Disposizioni per la pubblicità della situazione patrimoniale di titolari di cariche elettive e di cariche direttive in alcuni enti). Sostanzialmente per la situazione patrimoniale: proprietà immobiliari e mobiliari, azioni possedute, dichiarazione dei redditi ai fini IRPEF, variazioni nelle situazioni dichiarate per il componente dell’organo di indirizzo politico; analoghi elementi per il coniuge non separato ed i parenti entro il secondo grado, se vi consentono.

L’articolo 22 del decreto 33 prevede l’obbligo, per le amministrazioni tenute alla sua osservanza, di pubblicare – e aggiornare annualmente – i dati relativi agli enti pubblici vigilati e società partecipate, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato, enti tutti identificati dall’A.N.AC. con determinazione n. 8 del 17 giugno 2015.

L’articolo 47 del decreto 33 stabilisce che la mancata o incompleta comunicazione delle informazioni e dei dati previsti dall’articolo 14 dà luogo

ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro a carico del responsabile della mancata comunicazione (comma 1). Una sanzione di pari importo è stabilita a carico del responsabile della violazione per la mancata pubblicazione dei dati indicati nell'articolo 22, ovvero per gli amministratori societari che non comunicano ai soci pubblici il proprio incarico e il relativo compenso (comma 2).

Com'è dato di vedere, si tratta di disposizioni di principio di carattere generale. La loro applicazione postula regole applicative di dettaglio. Con il Regolamento, l'A.N.AC. intende rispondere a questa esigenza.

Preliminarmente l'Autorità., sottolineando di aver proceduto ad una lettura sistematica della normativa sulla trasparenza e della legge 689/1981 (Modifiche al sistema penale), individua in se stessa il soggetto competente all'avvio del procedimento sanzionatorio per le violazioni indicate nei commi 1 e 2 dell'articolo 47 del decreto 33. Prevede poi che sia il Prefetto del luogo in cui ha sede l'amministrazione o l'ente presso i quali sono state riscontrate le violazioni l'autorità amministrativa competente all'irrogazione delle sanzioni definitive.

Ciò premesso, il Regolamento detta le regole per l'accertamento delle violazioni e l'irrogazione delle sanzioni, tuttavia tenendo distinte le due fattispecie configurate dall'articolo 47 e prima indicate: violazione degli obblighi previsti dall'articolo 14 del decreto 33, e di quelli stabiliti dall'articolo 22. E' indicato nel Responsabile del procedimento (art. 5, l. 241/1990) – identificato nel dirigente responsabile dell'Ufficio competente dell'istruttoria per l'irrogazione delle sanzioni – il soggetto che attiva il processo sanzionatorio per entrambe le ipotesi configurate dall'articolo 47 del decreto 33.

Qualora il detto Ufficio, nello svolgimento dei compiti di vigilanza sull'osservanza delle norme sulla trasparenza, rilevi la mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni previste dall'articolo 14, chiede al Responsabile della Trasparenza - RT (art. 43, decreto 33) di attestare all'A.N.AC. se l'inadempimento sia dipeso dall'omessa comunicazione da parte del titolare dell'incarico o da altre circostanze. Se il RT, nel dare riscontro, attesta l'omessa comunicazione da parte del titolare dell'incarico, viene avviato il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni. In particolare, sempre il detto Ufficio notifica al titolare dell'incarico, entro il termine di

novanta giorni dal ricevimento del riscontro del RT, la contestazione della violazione prevista dall'articolo 47, comma 1, del decreto 33. Dà notizia della contestazione al RT, all'Organismo indipendente di valutazione (art. 14, d. lgs. 150/2009) ed al Prefetto. Nel rispetto di quanto previsto dalla legge 689/1981, la contestazione contiene: le indicazioni delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie, il termine di trenta giorni per l'invio al Prefetto di memorie e documentazione, oltre all'eventuale richiesta di audizione, la possibilità e i termini del pagamento della sanzione ridotta in conformità a quanto previsto dall'articolo 16 della legge 689/1981. L'A.N.AC., in caso di mancato pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta, segnala al Prefetto la violazione e il mancato pagamento per le determinazioni di sua competenza.

Qualora Ufficio, nello svolgimento dei compiti di vigilanza sull'osservanza delle norme sulla trasparenza, rilevi le violazioni indicate nel comma 2 dell'articolo 47 del decreto 33, chiede al RT di attestare all'A.N.AC. il nominativo del responsabile della violazione ovvero i nominativi degli amministratori societari inadempienti. Anche in questo caso, se il RT, nel dare riscontro, attesta l'esistenza dei presupposti per avviare il procedimento sanzionatorio, l'Ufficio notifica al responsabile della violazione e/o all'amministratore societario la contestazione della violazione prevista dall'articolo 47, comma 2, del decreto 33. Sempre nel rispetto di quanto previsto dalla legge 689/1981, la contestazione contiene: le indicazioni delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie, il termine di trenta giorni per l'invio al Prefetto di memorie e documentazione, oltre all'eventuale richiesta di audizione, la possibilità e i termini del pagamento della sanzione ridotta in conformità a quanto previsto dall'articolo 16 della legge 689/1981¹. L'A.N.AC., in caso di mancato pagamento della sanzione pecunia in misura ridotta, segnala al Prefetto la violazione e il mancato pagamento per le determinazioni di sua competenza.

¹ Art. 16, comma 1, l. 689/1981. "Pagamento in misura ridotta. E' ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo, oltre alle spese del procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione".

Nelle disposizioni finali (art. 11), il Regolamento richiama, in via generale, le disposizioni della legge 689/1981, per quanto da esso non espressamente previsto.

Conclusivamente si può osservare come il non evitabile riferimento – specifico o generale – ai principi e regole della legge 689/1981 renda estremamente lungo e macchinoso il procedimento per l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 47 del decreto 33, a fronte di violazioni che potrebbero anche essere di modesta gravità. Né vanno dimenticati i costi che l'amministrazione pubblica sosterebbe per introitare (eventualmente) una sanzione il cui valore (verosimilmente) non coprirebbe tali costi. Sarebbe quindi auspicabile un'ulteriore disciplina che tenesse in conto queste considerazioni. Da ultimo, nulla viene detto espressamente sulla devoluzione dei proventi delle sanzioni derivanti dall'applicazione dell'articolo 47 del decreto 33. Stato o altri? (art. 29, l. 689/1981).