

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 5 – maggio 2016

PLENUM

rivista231.it

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE	6
<i>di Ranieri Razzante</i>	
3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	8
<i>di Ciro Santoriello</i>	
4. ORGANISMO DI VIGILANZA	11
<i>di Patrizia Ghini e Luigi Fruscione</i>	
5. PRIVACY	13
<i>di Patrizia Ghini</i>	
6. PROFILI INTERNAZIONALI	16
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	21
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Una interessante pronuncia in tema di responsabilità dell’Organismo di Vigilanza (Cass. Pen., Sez. I, n. 18168 del 20.1.2016)

Nel corso del 2010 si verificava un grave infortunio, in un cantiere navale, a danno di un operaio ammagliatore che si stava occupando del sollevamento di un carico di un fascio di tubi inox trasportati nel cantiere a mezzo di una gru.

Il carico oscillava pericolosamente sino a che uno dei tubi di acciaio si sfilava e colpiva sulla nuca e sulla schiena l’operaio, provocandogli una totale paraplegia degli arti inferiori con conseguenti lesioni gravissime, invalidità permanente e pericolo di vita.

Il processo si svolgeva a carico di diversi imputati, ma in particolare nei confronti dei componenti del Consiglio di Amministrazione dell’azienda, responsabili di avere omesso le dovute cautele antinfortunistiche previste per legge, e dell’Organismo di Vigilanza nominato ai sensi del D.Lgs. 231/2001, responsabile di aver omesso di segnalare ai vertici aziendali le carenze di sicurezza che venivano da tempo segnalate nei *report* interni al cantiere, e di non aver preteso la immediata regolarizzazione delle situazioni critiche.

Da tempo, difatti, la mancanza di impianti, apparecchiature e segnali idonei a prevenire eventi lesivi era stata segnalata all’Organismo di Vigilanza, il quale aveva tuttavia sottovalutato la cosa e aveva recepito in modo acritico e passivo il flusso di informazioni, senza approfondire le indagini.

Il Giudice per l’Udienza Preliminare, chiamato a valutare l’imputazione *ex art. 437 c.p.* (omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) a carico del Consiglio di Amministrazione e dell’Organismo di Vigilanza, pronunciava sentenza di non luogo a procedere perché il fatto non sussiste.

Da un primo punto di vista il GUP escludeva che “bale e ceste” (le cautele effettivamente mancanti) potessero essere considerate “apparecchi” alla stregua dell’art. 437 c.p., rendendo così inapplicabile la norma incriminatrice.

Da un secondo punto di vista, ad ogni modo, non riteneva sussistente alcuna omissione da parte del CdA e dell'OdV in assenza di una specifica norma che li obbligasse a predisporre le cautele omesse, cosa che invece sarebbe spettata – in forza di politica e deleghe aziendali validamente rilasciate – ai responsabili delle singole unità produttive.

Ricorreva così per Cassazione il Procuratore della Repubblica di Gorizia, chiedendo l'annullamento della sentenza di non luogo a procedere, evidenziando la correttezza dell'imputazione di cui all'art. 437 c.p. e l'invalidità del conferimento di alcune deleghe di funzioni rilasciate dalla società.

Aggiungeva altresì che la posizione di garanzia del CdA non veniva meno per effetto delle suddette deleghe, in quanto alle omissioni del delegato non aveva agito in alcuna maniera, e che lo stesso OdV ben conosceva le carenze strutturali, giustificate con semplici motivazioni di natura economica, alle quali non aveva offerto alcuna concreta soluzione.

La Corte rigetta il ricorso, ritenendolo infondato.

Già le memorie difensive avevano evidenziato come il perimetro delle responsabilità del CdA non potesse dilatarsi sino a comprendere le modalità concrete delle lavorazioni del cantiere navale, dovendo piuttosto occuparsi della politica aziendale a livello più alto.

Allo stesso modo i medesimi scritti difensivi sollevavano perplessità sull'ampiezza degli obblighi dell'OdV, la cui inerzia non potrebbe certo costituire una "causa" dell'omissione degli organi preposti ad adottare i doverosi presidi di legge.

La Corte dapprima ritiene sussistere la configurabilità astratta dell'art. 437 c.p., secondo quanto sostenuto dal Pubblico Ministero, dal momento che il pericolo presunto che la norma intende scongiurare non deve riguardare una collettività o comunque un numero rilevante di persone, ma è sufficiente che sia relativo all'incolumità di singoli lavoratori.

Passando poi a quanto più di interesse, la Corte esprime perplessità in ordine alla responsabilità dei membri dell'OdV per non aver portato a conoscenza del CdA le asserite manchevolezze in materia antinfortunistica: se l'OdV nulla aveva segnalato al CdA – continua la motivazione –, quest'ultimo non poteva parimenti attivarsi per eliminare le situazioni difformi, in quanto non ne aveva alcuna contezza.

I Giudici osservano altresì che il ricorso nemmeno precisa quali fossero le carenze e le manchevolezze che sarebbero state dolosamente ignorate dai

membri dell'OdV e, per l'effetto, non risolte da opportune azioni del CdA aziendale.

In chiusura precisano un altro importante punto: l'omissione dell'art. 437 c.p. si inserisce in un contesto imprenditoriale nel quale la mancanza o l'inefficienza dei presidi antinfortunistici deve avere l'attitudine, perlomeno astratta, a pregiudicare l'integrità fisica di una collettività di lavoratori. Quale sia la "collettività" descritta dalla norma, tuttavia, è accertamento di fatto precluso all'indagine di legittimità della Corte di Cassazione.

La responsabilità invocata dalla pubblica accusa non poteva essere del CdA, i cui compiti non si estendono certo sino alla concreta determinazione di compiti di fatto dei manovali (cioè come eseguire la singola operazione di carico), né poteva gravare sull'OdV, i cui compiti sono diversi e volti a prevenire la commissione di reati-presupposto ai sensi del d.lgs. 231/2001.

La pronuncia della Suprema Corte si inserisce pertanto nel delineare il quadro delle responsabilità dell'OdV istituito per il continuo aggiornamento e miglioramento del Modello 231.

L'obbligo di vigilanza e di reportistica sulle segnalazioni di non-conformità, comunque ricevute, non si estende sino a concretizzare una responsabilità penale dei membri che non abbiano tempestivamente informato il CdA delle azioni da intraprendere o non abbiano da questo preteso la rimozione di alcune situazioni potenzialmente lesive.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Addio alla banconota da 500 euro

La Banca Centrale Europea ha deciso di sospendere la produzione della banconota da 500 euro, la cui emissione verrà interrotta “intorno a fine 2018”.

La banconota viola – come precisato dalla Bce - manterrà sempre il suo valore e potrà essere cambiata presso le banche centrali dell'Eurosistema per un periodo di tempo illimitato.

Secondo le stime fornite dalla stessa Bce, i tagli da 500 euro rappresentano il 3 per cento delle banconote circolanti, ma valgono complessivamente 306 miliardi (quasi un terzo della massa monetaria). Due terzi delle banconote da 500 euro in Europa si trovano fisicamente in Spagna, avamposto nel vecchio continente del traffico di cocaina con la Colombia.

Come noto, l'uso di questa banconota può facilitare attività illegali e di riciclaggio. Si ricorda, tra l'altro, il provvedimento della Banca d'Italia in materia di adeguata verifica della clientela (rivolto agli Intermediari Finanziari, le Banche, Poste Italiane e Istituti di Pagamento), che evidenziava quale possibile elemento di criticità ai fini antiriciclaggio l'effettuazione di operazioni in contanti e in particolare quelle che prevedono l'utilizzo di banconote da 200 e 500 euro. Questo a prescindere dall'importo complessivo dell'operazione.

Non tutti, però, sono convinti che la mossa possa combattere le attività della criminalità organizzata o dell'economia sommersa. A guidare il fronte degli scettici è Jens Weidmann, numero uno della Bundesbank.

Altri ritengono invece che sia un provvedimento utile. Innanzitutto, lo svolgimento di transazioni con banconote di grosso taglio agevola il trasferimento di importi elevati di contante rispetto alle banconote di taglio minore, favorendo le transazioni finanziarie non tracciabili. Le famigerate banconote viola sono infatti generalmente riconosciute come uno dei mezzi più utilizzati per il riciclaggio di denaro e il narcotraffico. Non a caso sono state soprannominate “Bin Laden”, data la loro “irripetibilità”.

L'allora Procuratore aggiunto di Reggio Calabria, Nicola Gratteri, nel 2013 spiegava che la banconota da 500 euro è la valuta ufficiale dei narcotrafficanti. Per arrivare a 500 euro ci vogliono 6 banconote da 100 dollari, quindi gli euro occupano meno spazio per essere trasportati. Anche il Procuratore nazionale antimafia, Franco Roberti, ha di recente sostenuto che il ritiro della banconota da 500 euro da parte della Bce potrà contribuire in modo significativo alla deterrenza contro mafie, terrorismo, traffico di droga, armi e riciclaggio.

Nelle regioni del Meridione più esposte alla criminalità organizzata, le scorte delle banconote sono alte: in Calabria i depositi netti in pezzi da 500 euro valgono ormai 150 milioni di euro l'anno, in Campania 500 milioni, in Puglia e in Sicilia quasi 350 milioni ciascuna.

Concludendo, è evidente che più alto è il taglio maggiori sono le possibilità che la banconota sia utilizzata per commettere reati. L'eliminazione dei tagli apicali può con ogni certezza configurarsi come un ostacolo al crimine organizzato.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. VI, 19 aprile 2016 (dep. 13 maggio 2016), n. 20018; ROTUNDO, Presidente, CAPOZZI Estensore; BALSAMO P.M. (conf.); *Gastronomia Salv' S.r.l.*, imp.

Responsabilità da reato degli enti - Prescrizione del reato presupposto - Successivamente alla contestazione dell'illecito all'ente - Irrilevanza – Ragioni (codice penale, artt. 157, 158, 159, 160, 161; d.lg. n. 231 del 2001, artt. 8, 22)

In tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio. Rispetto a tale interruzione della prescrizione nei confronti dell'ente non rileva la circostanza che nel frattempo sia intervenuta la prescrizione nei confronti della persona fisica autore del reato presupposto (1)

(1) 1. La pronuncia non presenta profili di novità ed è conforme al combinato disposto di cui agli articoli 8, comma 1, lettera a) e 22 del D.Lgs. 231/2001.

In base alla prima disposizione “la responsabilità dell'ente sussiste anche quando: ... b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia”, mentre la disciplina in tema di prescrizione nel processo contro gli enti prevede che:

1. le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato.
2. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59.
3. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.

4. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio”.

2. La medesima impostazione riportata in massima è presente in Cass., sez. II, 15 dicembre 2001, Cerasino, in Mass. Uff., n. 256705, secondo cui “in tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica intervenuta entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe il corso della prescrizione e lo sospende fino alla pronunzia della sentenza che definisce il giudizio” e in Cass., sez. V, 4 aprile 2013, Citibank, in Mass. Uff., n. 255415), secondo cui, l'intervenuta prescrizione del reato presupposto successivamente alla contestazione all'ente dell'illecito non ne determina l'estinzione per il medesimo motivo, giacché il relativo termine, una volta esercitata l'azione, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica.

Si ricorda comunque che, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice deve comunque procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato (Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, Barla, in Mass. Uff., n. 255369).

3. In dottrina, cfr. GALLUCCIO, Ancora in tema di sospensione condizionale e procedimento penale a carico dell'ente, in Cass. Pen., 2012, 3516

Tribunale di Massa, Giudice dell'Udienza Preliminare, sentenza 14 aprile 2016 (dep. 29 aprile 2016).

Responsabilità da reato della società – Applicazione alle imprese individuali – Esclusione (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5)

La disciplina in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi non trova applicazione con riferimento alle società individuali (1)

(1) 1. La massima riprende osservazioni già formulate dalla Cassazione (Cass., sez. V, 18941/2004, 30085/2012. In senso contrario Cass., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657), che più volte ha evidenziato da un lato come tale conclusione sia imposta dalla circostanza che la titolazione del decreto n. 231 del 2001 (che parla di “disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) non faccia riferimento alle imprese individuali e dall’altro come la stessa sia pienamente razionale, considerando che nel caso della ditta individuale vi è una sostanziale identificazione fra la ditta e il suo titolare, per cui punire sia la ditta individuale, sia il suo titolare rappresenterebbe una violazione del divieto di *ne bis in idem*.

Senza considerare che la punibilità di entrambi i soggetti risulterebbe sostanzialmente inutile, posto che unico è il centro di imputazione patrimoniale delle sanzioni pecuniarie applicabili in sede di condanna.

ORGANISMO DI VIGILANZA

di **Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano, e Luigi Fruscione, avvocato in Roma**

L'attività di fusione: criticità 231, la sentenza 11442/2016 della Corte di Cassazione

La sentenza della VI sezione penale della Corte di Cassazione n.11442/2016 dà lo spunto per rammentare l'importanza di una seria e approfondita *due diligence* da parte di una società che intenda procedere alla fusione con un altro soggetto collettivo.

A questo proposito occorre rammentare che l'articolo 29 del D.Lgs. .231/2001 stabilisce che “ nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione” e l'articolo 42 il quale prevede che “nel caso di trasformazione, di fusione o di scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione, che partecipano al processo, nello stato in cui lo stesso si trova, depositando la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2”.

Il tema è tutt'altro che secondario anche alla luce delle indicazioni della Relazione ministeriale la quale stabilisce come “i successivi articoli da 28 a 32 regolano l'incidenza sulla responsabilità dell'ente delle vicende modificative connesse a operazioni di trasformazione, fusione o scissione. Nella relativa disciplina si è tenuto conto di due esigenze contrapposte: da un lato, quella di evitare che tali operazioni si risolvano in agevoli modalità di elusione della responsabilità; dall'altro, quella di escludere effetti eccessivamente penalizzanti, tali da porre remore anche ad interventi di riorganizzazione privi degli accennati intenti elusivi”.

L'articolo 31 del D.Lgs. 231/2001 prevede che se la fusione è avvenuta prima della conclusione del giudizio, il giudice, nella commisurazione della sanzione pecuniaria, tiene conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile.

L'ente risultante dalla fusione può chiedere al giudice la sostituzione di tale sanzione con quella pecuniaria, qualora, a seguito della fusione l'ente abbia

eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Ciò è reso possibile però sempre che ricorrano le ulteriori condizioni previste dall'articolo 17 e cioè che l'ente:

- 1) abbia risarcito integralmente il danno e abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- 2) abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

In considerazione di tale impostazione normativa all'atto della valutazione se procedere a una fusione si rende necessario coinvolgere l'Organismo di Vigilanza al fine di procedere a una valutazione del sistema 231 del soggetto collettivo con cui ci si fonde, al fine di valutare il sistema di prevenzione esistente nonché acquisire ogni notizia rilevante ai fini di una valutazione del rischio sanzionatorio 231.

In considerazione di ciò dovrebbe essere previsto un flusso informativo assolutamente preventivo che dia, quindi, la possibilità all'Organismo di Vigilanza di valutare con l'Organo di vertice tempi e modi della *due diligence* 231 da svolgere sul soggetto individuato per la fusione.

Un esame del Modello e dei protocolli di controllo per valutarne l'idoneità ai fini di prevenzione penale, nonché l'acquisizione di informazioni dall'altro Organismo di Vigilanza circa l'attività di vigilanza e controllo posta in essere, appaiono necessari.

PRIVACY

di Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano

Pubblicato il Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali

Il 4 maggio 2016 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUUE) è stato pubblicato il testo del Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali.


Da tale data decorrono i termini per la sua entrata in vigore (20 giorni dopo la pubblicazione in GUUE) ma la piena applicabilità, in via diretta in tutti i Paesi UE, è fissata dal Regolamento stesso a partire dal 25 maggio 2018, data entro la quale dovrà essere garantito il perfetto allineamento fra la normativa nazionale e le disposizioni del Regolamento.


Il Regolamento:


- abroga integralmente la Direttiva 95/46/CE e le connesse leggi nazionali di recepimento, compreso il vigente Codice in materia di protezione dei dati personali nelle parti che recepivano tale direttiva;
- non abroga la c.d. Direttiva e–privacy (Direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati nel settore delle comunicazioni elettroniche).

Sul sito del Garante sono state pubblicate una serie di infografiche riassuntive. Particolarmente interessante quella che indica le opportunità per le imprese.

Protezione dei dati a livello europeo per l'era digitale


Una migliore protezione dei dati personali


Obbligo di ottenere il consenso esplicito al trattamento dei dati



Informazioni più complete e chiare sul trattamento

Diritto di spostare i dati da un prestatore di servizi a un altro


Limitazioni sull'uso del trattamento automatizzato dei dati per prendere decisioni, ad esempio in caso di profilazione

Diritto di rettifica e di eliminazione dei dati, compreso il "diritto all'oblio" per i dati raccolti quando l'interessato era un minore

Accesso facilitato ai dati personali


Diritto di notifica in caso di compromissione dei dati

Garanzia più rigorosa per il trasferimento di dati personali al di fuori dell'UE




Maggiori opportunità per le imprese

Condizioni di parità per tutte le imprese dell'UE e di paesi terzi che offrono beni e servizi a persone nell'UE

Un unico insieme di norme per tutta l'UE

Norme che consentono alle imprese, in particolare alle PMI, di trarre il massimo vantaggio dal mercato unico digitale

Approccio basato sul rischio, che collega gli obblighi dei responsabili del trattamento al livello di rischio del trattamento


Applicazione più coerente ed esecuzione effettiva

- Singoli e imprese possono far trattare i propri casi da un'autorità incaricata della protezione dei dati e da un'autorità giurisdizionale nelle loro vicinanze

- Uno sportello unico per singoli e imprese nei casi transfrontalieri grazie alla cooperazione tra le autorità nazionali incaricate della protezione dei dati

Ammende

€ fino a 20 milioni di EUR

o

4% del fatturato annuo complessivo

Il Regolamento introduce un insieme unico di regole, valido in tutta l'Unione Europea e anche oltre questi confini, per tutte le imprese europee ed extra europee che offrono servizi nella UE.

Un aspetto di massimo rilievo, che avvicina la normativa sulla privacy a quella 231, è che viene stimolato un approccio basato sul rischio: le misure da attuare vanno proporzionate al rischio insito nei trattamenti effettuati.

Le imprese che svolgono attività che implicano rischi maggiori in termini di violazione dei dati personali e di danni che il trattamento può procurare all'interessato devono fare maggiori sforzi per garantire la protezione dei dati.

Quanto maggiori sono i rischi delle attività per i dati personali, tanto più rigorosi sono gli obblighi, il che appare più che mai corretto.

Il sistema di gestione degli adempimenti e la conformità al Regolamento vanno progettati e realizzati tenendo conto di una serie di fattori, indicati a più riprese nel Regolamento, cioè:

- natura dei dati personali;
- contesto e finalità del trattamento;
- rischi, da pesare sulla base della probabilità e gravità del danno che il trattamento può provocare, anche rispetto ai diritti delle persone fisiche.

Variabile determinante è la natura dei dati personali, nel senso che se sono trattate categorie particolari di dati personali (sensibili, genetici, biometrici) oppure se sono trattati dati relativi a condanne penali e a reati occorre attuare misure più rigorose, anche in considerazione delle possibili conseguenze del trattamento per gli interessati.

La nuova disciplina affida un ruolo centrale alla nuova figura del responsabile della protezione dei dati, che di fatto rappresenta il soggetto incaricato di aiutare le autorità competenti a garantire la conformità alle norme in materia di protezione dei dati.

Un altro strumento per garantire la conformità è la valutazione d'impatto: in base al nuovo articolato, se è probabile che un tipo di trattamento comporti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, occorre effettuare una valutazione dell'impatto potenziale del trattamento stesso, specie in caso di utilizzo di nuove tecnologie.

Con questo cambio di disciplina la privacy assume un'importanza sempre più "strategica". Tante novità, tutte positive e interessanti.

Grazie al biennio per la piena applicazione delle nuove disposizioni, sino al 25 maggio 2018 la normativa nazionale (Codice in materia di protezione dei dati personali) rimane quella di riferimento. Anche per avviare l'adeguamento graduale stimolato dalla riforma europea e considerata sia la complessità della materia che il rincorrersi di frequenti e numerosi aggiornamenti normativi/interpretativi, appare più che mai consigliabile e opportuna una verifica dello stato di adeguamento al complesso degli obblighi della normativa e un "check-up" approfondito sull'attività delle funzioni che gestiscono le banche-dati o che accedono alle stesse per finalità operative, sui flussi informativi tra le funzioni aziendali e da/verso l'esterno e sulla natura dei dati personali oggetto di trattamento.

Questo anche nel comparto dei trattamenti legati al funzionamento del Modello 231/2001.

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

Irrilevanza dei reati tributari ai fini della responsabilità degli enti nell'ordinamento italiano.

Il quadro normativo e il dibattito italiano su reati fiscali e 231

In dottrina è ormai arato e profondamente percorso il dibattito sull'opportunità di includere i delitti di cui al Decreto Legislativo n. 74/2000 tra i reati presupposto della responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001.

Il diritto penale tributario italiano contempla quali destinatari dei precetti penali esclusivamente le persone fisiche: gli enti sono esclusivamente tenuti, nell'attuale quadro normativo, al pagamento delle sanzioni amministrative.

Nello specifico, l'articolo 7, Decreto Legge 269/2003, convertito dalla Legge 326/2003, prevede che: "Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica".

L'articolo 19, comma 2, del Decreto Legislativo 74/2000 dispone altresì che: "permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, comma 1, del Decreto Legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato."

L'articolo 11, comma 1, del Decreto Legislativo 472/1997, a sua volta, recita: "Nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante legale o negoziale di una persona fisica nell'adempimento del suo ufficio o del suo mandato, ovvero dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di società, associazioni o enti, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, la persona fisica, la società, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso secondo le disposizioni vigenti."

Va, in ogni caso evidenziata, nell'attuale criticato schema sanzionatorio, la possibilità di procedere comunque alla confisca ex Decreto Legislativo 231/2001 in caso di contestazione dell'articolo 416 c.p. o del reato transnazionale previsto dalla legge 16 marzo 2006 n. 146.

In ogni caso, si sostiene ormai chiaramente che la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti meglio si presta a colpire le condotte illecite, che intervengano all'interno degli enti, finalizzate alla realizzazione di profitti, sia per la previsione dell'interdizione-sanzione, in ragione della sua capacità a incidere sull'operatività dell'ente, sia per la previsione della confisca-sanzione, obbligatoria ed eseguibile anche per equivalente [oltre a doversi considerare la] circostanza che proprio nel settore tributario la logica del profitto nell'interesse dell'ente è strutturale alla condotta posta in essere dall'autore materiale del reato, sì che devono ravvisarsi nella loro massima estensione le ragioni per cui è stato adottato il sistema della responsabilità degli enti»

La scelta politico-criminale del legislatore è sicuramente criticabile in quanto è fisiologico che gli adempimenti tributari di maggiore spessore e consistenza concretizzino ben precise scelte di politiche di impresa cui conseguono vantaggi indebiti per l'ente.

Il parallelismo tra riciclaggio internazionale ed evasione fiscale

Riciclaggio ed evasione fiscale presentano un notevole parallelismo, che si riflette in recenti iniziative internazionali di contrasto ai paradisi fiscali; queste, ispirate inizialmente da prevalenti finalità di antiriciclaggio, si sono rafforzate in questi ultimi anni di crisi economica, allo scopo evidente di recuperare gettito tributario.

Le dimensioni internazionali della crisi sono evidentemente all'origine di un'importante novità introdotta nella nuova versione delle 40 Raccomandazioni del GAFI: l'inclusione dei reati fiscali tra i presupposti del riciclaggio (cfr. Racc. n. 3).

La nuova Raccomandazione, come è noto, non ha comportato novità per l'Italia che, avendo adottato da tempo per un'opzione *all crimes*, già comprendeva i reati tributari tra i presupposti del riciclaggio.

Nei casi in cui l'evasione assume veste di reato, essa concretizza, quale "reato presupposto", un elemento costitutivo dell'ulteriore delitto di riciclaggio.

Ma anche quando le infrazioni fiscali non assumono rilevanza penale, entrambe le violazioni presentano notevoli affinità sul piano delle modalità operative e degli strumenti ai quali riciclatori ed evasori ricorrono per occultare, trasferire, consumare o, all'occorrenza, reimpiegare nell'economia legale o anche in modo ulteriormente delittuoso le disponibilità illecitamente accumulate (si pensi ai frequenti casi di violazioni fiscali penalmente irrilevanti, che consentono peraltro di preconstituire fondi neri da utilizzare a fini corruttivi).

Tra le pratiche utilizzate indifferentemente per celare redditi al fisco o per dissimulare l'origine criminale del denaro da riciclare possono annoverarsi, anche in combinazione fra loro:

- fatturazioni false emesse da società di comodo (cd. cartiere) a fronte di prestazioni inesistenti;
- sottofatturazione delle vendite ovvero sovrapproduzione degli acquisti concordate con società effettivamente operative per abbattere i ricavi o incrementare fittiziamente i costi;
- trasferimento all'estero delle disponibilità irregolarmente accumulate tramite trasporto fisico di mezzi di pagamento o, con evidenza contabile, attraverso movimenti finanziari palesi quando le società emittenti le fatture siano insediate all'estero (si pensi al fenomeno della estero-vestizione di società controllate). Quando le controparti non siano già ubicate nei cd. "paradisi fiscali", tali operazioni vengono spesso perfezionate tramite "triangolazioni", in forza delle quali fondi accumulati in un primo tempo in Paesi "cooperativi" sono successivamente trasferiti in altri Stati ove – in piena opacità proprietaria, reddituale e finanziaria - si costituiscono società di comodo in modo rapido ed economico, impera un segreto bancario impenetrabile e le aliquote fiscali – se pure esistenti – sono assolutamente competitive;
- trasferimenti all'estero di imprese decotte o di rami delle stesse per depauperarne il patrimonio residuo in danno dei creditori;
- molteplici e fantasiose simulazioni di negozi giuridici intese a giustificare il trasferimento - in danno del fisco, dei creditori o per altri motivi illeciti - di disponibilità finanziarie o di cespiti patrimoniali (es. negli ultimi tempi le cronache riferiscono frequentemente di pagamenti di penali per prestazioni contrattuali che sembrano meditatamente non eseguite);

- interposizione di prestanome o schermi societari (es. trust, fiduciarie, società estero-vestite) per occultare disponibilità sottratte all'erario o di origine illecita, dissimulandone la titolarità effettiva;
- cessioni di crediti, cartolarizzazioni e operazioni di finanza strutturata congegnate in modo tale da consentire trasferimenti di fondi in danno dei creditori o per altre finalità illecite.

Come può constatarsi, molte di queste operazioni si presentano complesse e richiedono perciò la consulenza e la collaborazione di soggetti professionalmente capaci; a questa esigenza sovviene, purtroppo, un'ampia schiera di professionisti che costituiscono quella "zona grigia" essenziale per la vita delle organizzazioni mafiose.

La sovrapposibilità tra norme antiriciclaggio e antievasione risulta evidente dal testo novellato dell'art. 28, comma 7, del D.Lgs. 231/2007, che prevede una *black list* di Paesi a rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che non garantiscono un adeguato scambio di informazioni anche in materia fiscale.

Il summit anticorruzione di Londra del 12 maggio

E' ancora viva l'eco dello scandalo sui cc.dd. *Panama papers*, che hanno disvelato notevoli possidenze di persone politicamente esposte in banche ed enti della Repubblica centramericana di Panama.

Secondo le moderne scienze economiche, i paradisi fiscali compromettono il corretto funzionamento dell'economia mondiale e le capacità degli Stati di raccogliere gettito fiscale. A rimetterci sono soprattutto i Paesi poveri.

In detto quadro, il 12 maggio si è svolto a Londra un importante *summit* anticorruzione, accolto dal Premier inglese David Cameron, che ha visto riuniti i rappresentanti di circa 40 Paesi, della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale, oltre a 300 economisti di 30 paesi, per lanciare un appello ai *leader* mondiali affinché si metta la parola fine alla segretezza delle operazioni finanziarie, contro l'assurdità dei paradisi fiscali, per cui non vi è alcuna ragione economica che possa giustificare l'esistenza.

Tra le diverse iniziative anticorruzione multilaterali diffuse in ogni parte del globo, il *summit* si è caratterizzato proprio per la pregnante vocazione economica, tesa a evidenziare le strette relazioni intercorrenti tra corruzione e riciclaggio.

L'obiettivo principale dell'appello del *premier* britannico è quello di chiedere nuove regole globali per portare i grandi *leader* a fare pubblicamente resoconto delle loro attività in ciascun Paese in cui operano.

Per il nostro Paese hanno partecipato all'evento il Ministro della Giustizia Andrea Orlando e il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone.

Oltre 300 grandi economisti mondiali hanno indirizzato una lettera a David Cameron, primo ministro britannico e altri *leader* mondiali partecipanti al *summit*.

Tra i firmatari della lettera rivolta ai *leader* mondiali, vi sono molti economisti italiani provenienti da La Sapienza, la Bocconi, Tor Vergata dall'Università di Bologna e da molte altre ancora.

Nella missiva i grandi economisti chiedono a gran voce ai potenti della terra di abolire i paradisi fiscali sulla base della convinzione che l'evasione fiscale indebolisce sia le economie avanzate, sia quelle in via di sviluppo e al contempo accresce l'ineguaglianza.

Tra i firmatari Thomas Piketty, autore del best-seller "Il capitale nel 21esimo secolo", Jeffrey Sachs, direttore dell'Earth Institute alla Columbia University e consigliere del segretario generale dell'Onu Ban Ki-moon, il premio Nobel Angus Deaton, Olivier Blanchard, l'ex-capo economista del Fondo Monetario Internazionale, Ha-Joon Chang della Cambridge University e Nora Lustig della Tula University.

Nella missiva viene citato il grande economista Adam Smith, secondo cui "i ricchi devono contribuire alla spesa pubblica in proporzione alla loro ricchezza e anche più che in proporzione ad essa", per affermare che "non esiste una giustificazione economica per permettere che i paradisi fiscali continuino a esistere".

Conclusioni

La speranza di chi scrive è quella di vedere presto inclusi, anche grazie alla spinta internazionale in tal senso, i reati tributari, nell'elenco dei reati presupposto della responsabilità degli Enti.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

di Carlo Manacorda, Presidente del Nucleo di Valutazione dell'Università della Valle d'Aosta, già Docente di Pianificazione, programmazione e controllo delle aziende pubbliche, Università di Torino

Whistleblowing anche nel decreto 231, ma il cammino è lento

Il disegno di legge concernente: “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato” – approvato dalla Camera dei Deputati il 21 gennaio 2016 – (atti Camera n. 3365, Senato n.2208) ripropone l’argomento del *whistleblower*, introdotto nel nostro ordinamento dall’articolo 1, comma 51, della legge 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione) (1).

La norma prevede l’ipotesi del dipendente pubblico che “denuncia all’Autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro”; stabilisce che chi denuncia non può subire conseguenze penalizzanti nel rapporto di lavoro; che l’identità del denunciante non può essere rivelata se non in casi particolari. Non si esclude che il denunciante possa incorrere nel reato di calunnia per aver attribuito a qualcuno illeciti che poi si rivelano infondati (art. 368 codice penale), o di diffamazione per aver leso la reputazione altrui (art. 595 codice penale).

Si ipotizza, altresì, che potrebbe anche essere tenuto a risarcire un danno per averlo causato ad altri ingiustamente (art. 2043 codice civile).

Per l’applicazione della norma sopra indicata, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha dettato le “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)” comprendendo, tra i dipendenti pubblici, non soltanto quelli delle amministrazioni pubbliche (art. 1, co. 2, D.Lgs. 165/2001), ma anche i soggetti che, in varie forme, svolgono attività funzionali per le

¹ L’argomento è già stato materia di una nota dello scrivente su Circolare 231 del mese di marzo 2015.

amministrazioni pubbliche (collaboratori, consulenti, titolari di organi e di incarichi e anche collaboratori di imprese fornitrici delle stesse amministrazioni).

Nelle “Linee guida”, l’ANAC si sofferma sulle tutele che devono essere accordate al *whistleblower*, per evitare che il dipendente ometta di segnalare illeciti per timore di subire misure discriminatorie.

L’Autorità sottolinea, infine, che le tutele trovano un limite nell’eventuale imputazione del denunciante per i reati di calunnia o diffamazione, ovvero nella sua sottoposizione a un risarcimento del danno.

Sul punto, l’ANAC dà tuttavia puntuali indicazioni per evitare che si producano, per il denunciante, situazioni di danno di questo genere. Conclude osservando che il *whistleblowing* deve essere esteso anche agli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale e locale, nonché agli enti pubblici economici.

Il disegno di legge richiamato all’inizio – di soli 2 articoli – disciplina: nell’articolo 1, la tutela del dipendente pubblico o collaboratore che segnala illeciti e, nell’articolo 2, quella del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato.

Per il dipendente pubblico, si sostituisce l’articolo 54-*bis* del D.Lgs. 165/2001 (t. u. sul pubblico impiego) riprendendo in esso, sostanzialmente, i principi di tutela stabiliti dalla legge 190/2012 per quanto concerne la segnalazione di condotte illecite di cui lo stesso dipendente sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro.

Si aggiunge, tuttavia, che la segnalazione deve avvenire “in buona fede”. E si precisa che “è in buona fede il dipendente pubblico che effettua una segnalazione circostanziata nella ragionevole convinzione, fondata su elementi di fatto, che la condotta illecita segnalata si sia verificata.

La buona fede è comunque esclusa qualora il segnalante abbia agito con colpa grave”.

Seguono le regole che impediscono la rivelazione dell’identità del segnalante, salvo i casi previsti dalla norma. Viene, nuovamente, investita l’ANAC di adottare apposite linee guida per la presentazione e la gestione delle segnalazioni.

Si riconoscono all’ANAC poteri sanzionatori qualora venga accertata l’adozione di misure discriminatorie nei confronti del denunciante, ovvero se l’ente non abbia adottato le procedure per l’inoltro e la gestione delle segnalazioni o le abbia adottate, ma difformi da quelle dell’ANAC.

Da ultimo, qualora al termine del procedimento penale, civile o contabile risulti l'infondatezza della segnalazione e che la stessa non sia stata effettuata in buona fede, il segnalante è sottoposto a procedimento disciplinare dall'ente di appartenenza, con possibilità di giungere anche alla sanzione del licenziamento senza preavviso.

La tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato è collocata nel decreto 231. In particolare, se ne integra l'articolo 6 con tre ulteriori commi dopo il comma 2. Si stabilisce (comma 2-bis) che il Modello di organizzazione e gestione deve prevedere, a carico delle persone indicate alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 5, nonché di coloro che a qualsiasi titolo collaborano con l'ente e a tutela della sua integrità, l'obbligo di presentare segnalazioni circostanziate di condotte illecite rilevanti ai fini del decreto 231 che, in buona fede e sulla base della ragionevole convinzione fondata su elementi di fatto, ritengano essersi verificate e di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. L'obbligo sussiste anche per la segnalazione di violazioni del Modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui sempre siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte.

Il Modello deve anche tutelare, con misure idonee, l'identità del segnalante e la riservatezza dell'informazione. Inoltre, deve prevedere il divieto di atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione, nonché sanzioni nei confronti di chi viola gli obblighi di riservatezza o compie atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante. L'adozione di misure discriminatorie nei confronti del segnalante può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro oltre che dal *whistleblower* anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo (comma 2-ter).

Sono nulli: il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante, il mutamento delle sue mansioni, nonché ogni altra misura ritorsiva o discriminatorie adottata nei suoi confronti (comma 2-quater).

La discussione del disegno di legge, presso la Camera dei Deputati, ha suscitato anche proteste. Si è detto che la sua approvazione produrrebbe, negli ambienti di lavoro pubblici e privati, forme di barbarie. Si creerebbe un clima invivibile di accusa e di diffusione di meccanismi di sospetto diffuso. In ogni caso, per ora il disegno di legge è fermo al Senato.

Si vedranno gli sviluppi che si potranno avere in questa sede.

L'argomento della tutela del *whistleblower* è ormai presente anche in sede europea. In quattro occasioni, il Parlamento dell'Unione europea (Ue) ha sollecitato la Commissione a emanare norme in questa materia. Una bozza di direttiva è stata presentata a Bruxelles il 3 maggio scorso dai Verdi che siedono nel Parlamento di Strasburgo, senza tuttavia che siano già state fissate date per dibattere l'argomento.

Va da sé che eventuali direttive emanate a livello Ue si rifletterebero, necessariamente, anche sulle normative degli Stati membri. Quindi, anche su quella oggetto del disegno di legge in corso di esame al Senato.

Superfluo sottolineare l'inutilità degli appelli per la lotta alla corruzione se non si stabiliscono regole valide e applicabili sotto ogni profilo.