

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



febbraio 2018

PLENUM

rivista231.it

- | | |
|--|-----------|
| 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. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI | 16 |
| <i>di Carlo Manacorda</i> | |

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Lesioni derivanti da prassi aziendali scorrette: datore di lavoro, preposto ed ente tutti responsabili dell'evento lesivo. Interesse e vantaggio sussistono quando vi sono risparmi di spesa o aumenti di produttività.

Con sentenza Cass. pen. IV, 10.10.17 n. 53285 la Corte ha confermato la condanna inflitta a una società per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25 *septies* D.Lgs. 231/2001 con riferimento a un infortunio occorso a un proprio dipendente.

Del reato di lesioni personali colpose erano chiamati a rispondere il datore di lavoro e il preposto per la sicurezza: al primo si contestava di non aver redatto un idoneo documento di valutazione dei rischi, di non aver previsto misure organizzative adeguate e di non aver adeguatamente formato il dipendente. Al preposto, invece, si contestava di aver impiegato un lavoratore non adeguatamente informato sui rischi connessi all'operazione svolta.

L'infortunio si verificava allorché un dipendente dell'azienda provvedeva allo smontaggio di un cilindro oleodinamico di un sollevatore a forbice. L'operazione veniva svolta in modo scorretto e contrario a quanto imposto nel manuale d'uso, conosciuto dall'infortunato ma inidoneo a informare adeguatamente il lavoratore sulle corrette modalità d'uso. Tale inidoneità del manuale era ravvisabile nel fatto che rappresentava sì come l'operazione dovesse essere eseguita, ma mancava nell'indicare puntualmente le modalità d'uso da evitare e i rischi che in tal caso si sarebbero corsi.

Tale aspetto è stato valorizzato dalla Suprema Corte condividendo le argomentazioni già espresse dalla Corte territoriale. Né il libretto di istruzioni, né il documento di valutazione dei rischi, né la formazione impartita al lavoratore avevano evidenziato i rischi collegati allo smontaggio dell'apparecchio in un modo diverso da quello previsto dal manuale.

Quanto alla posizione del preposto, la Corte ha escluso che i semplici richiami verbali indirizzati al lavoratore in altre occasioni fossero sufficienti a dimostrare la diligenza del garante in quanto non seguiti da provvedimenti disciplinari per il mancato rispetto della corretta procedura lavorativa.

In altre parole, l'uso blando del richiamo verbale non avrebbe avuto alcuna capacità di persuasione nel lavoratore, che avrebbe di fatto continuato a ignorare le corrette procedure di lavoro: da ciò ne consegue che il preposto non avrebbe fatto quanto in suo potere e dovere per impedire la verifica dell'infortunio.

Ribadisce inoltre la Corte come al datore di lavoro si richieda comunque di esaminare e identificare "con il massimo grado di specificità" per quanto nei limiti dei casi "concretamente verificabili" i rischi connessi alle operazioni svolte in azienda.

Ripercorrendo il proprio costante orientamento, la Corte ribadisce altresì che la condotta del lavoratore - per quanto colposa - non possa escludere il nesso di causalità tra le omissioni degli imputati e il sinistro qualora l'azione del lavoratore sia rientrante nelle mansioni attribuite e comunque all'interno delle violazioni delle regole di sicurezza "prevedibili" dal datore di lavoro e quindi dallo stesso "governabili".

Quanto alla posizione dell'ente, da ultimo, la Cassazione conferma il proprio orientamento secondo il quale l'interesse e il vantaggio vanno correlati alla condotta e all'evento, riaffermando come anche il risparmio di spesa possa integrare l'interesse connesso a una violazione di cautele e come il vantaggio, a sua volta, possa consistere nel semplice aumento della produttività. Anche un interesse o vantaggio poco consistenti dal punto di vista economico possono ben porsi a base della responsabilità per illecito amministrativo da reato.

Nella vicenda esaminata l'errata operazione, accertata quale prassi aziendale e compiuta al solo scopo di velocizzare l'operazione in corso, è stata considerata "positivamente incidente" sul rapporto spesa-guadagno e pertanto ha integrato la sussistenza di un vero e proprio vantaggio per l'ente.

ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

Publicato il manuale operativo della Guardia di finanza in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali

Dal 1° gennaio sono in vigore le nuove disposizioni operative della Guardia di Finanza in materia di contrasto all'evasione fiscale e all'antiriciclaggio. Con la Circolare 1/2018, il Comando Generale delle Fiamme gialle ha adottato il "Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali", diretto ai Reparti del Corpo come supporto all'attività ispettiva. Il Manuale, pubblicato il 4 dicembre 2017, aggiorna e modifica la precedente Circolare 1/2008, riportando nuove direttive operative che la Guardia di Finanza dovrà seguire nelle verifiche, nei controlli fiscali e nelle indagini di polizia economico-finanziarie.

La Circolare è suddivisa in quattro volumi. Il primo è composto da due parti: la prima intitolata "L'azione della Guardia di Finanza a contrasto dell'evasione e delle frodi fiscali. Direttive generali e moduli operativi"; la seconda "L'attività di polizia giudiziaria a contrasto dell'evasione e delle frodi fiscali". Il Volume due è strutturato in: parte III "Esecuzione delle verifiche e dei controlli" e parte IV "Valorizzazione delle informazioni acquisite nell'ambito delle attività investigative, di vigilanza e di controllo dei flussi finanziari". Il terzo volume contiene la parte V dal titolo "Principali metodologie di controllo"; mentre nel quarto residuano: "Modulistica e documentazione di supporto".

Il succitato Manuale tiene conto anche del cambiamento di denominazione dei Nuclei e della Scuola di polizia tributaria rinominate, rispettivamente, Nuclei e Scuola di polizia economico-finanziaria.

La Circolare 1/2018 entra in vigore nel contesto della riforma fiscale del 2014 (legge 11 marzo, n.23), attraverso la quale il legislatore ha inteso realizzare un sistema tributario più stabile, ridisegnando anche il rapporto Amministrazione - contribuente.

Pertanto, ai Reparti viene richiesto di tenere conto delle nuove procedure di semplificazione dell'accesso dei cittadini alle misure incentivate dalla riforma quali, ad esempio, l'adempimento spontaneo degli obblighi tributari.

In tale prospettiva, l'azione della Gdf nel contrasto all'evasione fiscale, alle frodi e all'economia sommersa dovrà svolgersi in maniera quanto più coordinata con gli interventi pianificati a livello centrale ed eseguiti in ambito locale dalle altre Amministrazioni.

Non solo. Il Manuale, nella stessa ottica, invita anche a un maggior coordinamento con le Agenzie fiscali e a un ripensamento delle attività ispettive rivelatesi inefficaci in sede autovalutativa.

La Circolare, comunque, non rappresenta esclusivamente lo strumento fondamentale per le indagini delle unità operative, ma anche un mezzo "illustrativo" delle modalità operative seguite dagli agenti nelle attività di ispezione e controllo, con le indicazioni dei criteri di selezione dei contribuenti.

Come evidenziato dal documento, il contrasto alle forme di evasione ed erosione costituisce una priorità non solo in ambito nazionale, ma anche internazionale. Al riguardo, uno studio condotto dall'OCSE ha evidenziato che le tecniche di elusione generano una perdita nel gettito tra i 100 e i 240 miliardi di dollari l'anno circa.

Di fronte a un fenomeno di tale portata, il contributo della Circolare 1/2018 è quello di ridisegnare le istruzioni operative, rispetto a quelle della Circolare 1/2008, rendendole più efficaci e valorizzando il patrimonio informativo a disposizione dei Reparti.

Su questo presupposto, viene sottolineata l'importanza delle ricerche e indagini su file informatici. L'attività di estrazione e acquisizione da questa tipologia di documenti degli elementi utili alle ispezioni tributarie richiede il rafforzamento delle competenze di *Computer Forensics* e *Data Analysis* degli agenti.

Al fine di operare un intervento maggiormente mirato, inoltre, è richiesto ai reparti operativi, di prediligere l'attività di verifica a quella di mero controllo e di circoscrivere, quanto più possibile, l'attività ispettiva a determinati atti di gestione o ipotesi di irregolarità pre-individuate.

Quanto alle procedure operative, la Circolare offre alcune indicazioni con la finalità di uniformarle a livello nazionale, facendo comunque salve le direttive impartite dall'Autorità Giudiziaria in ambito locale.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Corte cassazione, sez. VI, 17 ottobre 2017 (dep. 14 dicembre 2017), n. 55851; ROTUNDO, *Presidente*, BASSI *Estensore*; PERELLI P.M. (diff.); Eco-Ge S.r.l., imp.

Profitto del reato – Confisca – Determinazione dell’ammontare del profitto – Reato commesso nell’ambito di attività d’impresa lecita – Vantaggio economico tratto dall’attività illecita al netto di quanto ottenuto comunque dalla controparte (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 19)

Nel caso in cui l'illecito sia stato commesso nell'ambito di un'attività d'impresa lecita, il provvedimento ablatorio deve dunque essere circoscritto al vantaggio economico tratto dall'attività illecita al netto della utilitas comunque conseguita dalla controparte dall'adempimento della prestazione oggetto del contratto, trattandosi - riguardo a quest'ultima - di vantaggio economico non direttamente né immediatamente riconducibile al reato, ma soltanto all'esecuzione del rapporto obbligatorio, che, pertanto, non può andare a comporre il profitto confiscabile.

1. Il tema della determinazione del profitto confiscabile nei confronti di società coinvolte in fatti di corruzione è da tempo all’attenzione della giurisprudenza, anche se può dirsi che la Cassazione ha ormai trovato una soluzione definitiva al problema.

La decisione più rilevante è rappresentata dalla sentenza delle sezioni unite, 27 marzo 2008, n. 26654 (nello stesso senso, in seguito Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748; Cass., sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 9988), secondo cui, nel delineare il profitto (che va inteso come "vantaggio di natura economica", come "beneficio aggiunto di natura patrimoniale", come "utile conseguito dall'autore del reato in seguito alla commissione del reato": Cass., sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951; Cass., sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936) confiscabile non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico, in quanto, nell'assolvere una funzione di deterrenza, la confisca risponde a esigenze di giustizia e nel contempo di prevenzione generale e speciale, non potendosi ammettere che il crimine

possa rappresentare un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto sul bene e che il reo possa rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato (in dottrina, STICCHI, Strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa e nozione di profitto confiscabile. Le indicazioni delle Sezioni Unite nel caso Impregilo, in Riv. Resp. Amm. Enti, 2008, 4, 108; PISTORELLI, Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni unite della Cassazione, in Resp. Amm. Soc. Enti, 2008, 4, 150. EPIDENDIO, Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italmimpianti s.a. ed altri, in Dir. Pen. Proc., 2008, 1267; PELISSERO, La responsabilità degli enti, in ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Leggi complementari, Milano 2007, 898; FORNARI, La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici, in Riv. Trim. dir. pen. ec., 2005, 83; COMPAGNA, L'interpretazione della nozione nozione di profitto nella confisca per equivalente, in Dir. Pen. Proc., 2007, 1644; MUCCIARELLI, Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di DOLCINI – PALIERO, Milano 2006, III, 2509.

In termini più sfumati, discutendosi di quali voci possono concorrere a formare il profitto, con riferimento ai diritti immateriali, il risparmio di spesa e i diritti di credito, GIAVAZZI, Commento all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, in AA.VV., Responsabilità "penale" delle persone giuridiche, a cura di GIARDA –MANCUSO –SPANGHER –VARRASO, Milano 2007, 178; G. LUNGHINI, Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili, in Corr. Mer., 2008, 88; PRETE, La confisca – sanzione: un difficile cammino, in Resp. Amm. Soc. Enti, 2007, 4, 110; LOTTINI, La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter, in Dir. Pen. Proc., 2008, 1300).

2. Alla luce di queste considerazioni, la Cassazione traccia un netto *discrimen* fra profitto conseguente da un "*reato contratto*" e profitto derivante da un "*reato in contratto*".

Nel primo caso - in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua esecuzione - si determina un'immedesimazione del reato con il negozio giuridico e quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità (si immagini la cessione di una dose di stupefacente), con l'effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca.

Nel secondo caso - in cui il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va a incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale - è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché il contratto è assolutamente lecito e valido *inter partes* ed eventualmente solo annullabile ex artt. 1418 e 1439 c.c. (come caso in cui l'illecito si inserisca nella fase della negoziazione e stipula di un contratto sinallagmatico, cui l'ente abbia poi dato regolare e lecita esecuzione, come nei casi di truffa in danno dello Stato o di corruzione, fonte di responsabilità per l'ente rispettivamente ex artt. 24 e 25 stesso decreto), con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente.

Le Sezioni Unite hanno quindi chiarito come, ferma l'assoggettabilità a confisca dell'intero vantaggio patrimoniale conseguito dai "*reati contratto*", nelle ipotesi di "*reato in contratto*" è necessario distinguere il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) dal corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito (profitto non confiscabile): in particolare, il profitto deve essere "concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente", evidenziando come lo stesso art. 19 impedisca l'assoggettamento a confisca della parte del profitto che può essere restituita al danneggiato.

La tesi giurisprudenziale, dunque, è ormai da tempo nel senso che l'area del profitto assoggettabile a confisca ha un'ampiezza diversa a seconda della fattispecie costituente reato presupposto. Nel caso in cui l'attività illegale non comporti lo svolgimento di nessuna controprestazione lecita, il profitto confiscabile non potrà che identificarsi con l'intero valore del negozio, in quanto integralmente frutto di un'attività illegale, facendo difetto qualunque costo scorporabile, perché intrinsecamente illecito o comunque concernente attività strumentali e/o correlative rispetto al reato presupposto.

Diversamente, nel caso di truffa o di corruzione finalizzata a ottenere l'aggiudicazione di una commessa ovvero a conseguire, nell'ambito di un rapporto negoziale a prestazioni corrispettive, un corrispettivo più elevato di quello dovuto (ad esempio in sede di remunerazione delle varianti in corso

d'opera o di pagamento delle c.d. riserve), trattandosi di contratti validi *inter partes* e solo annullabili, il profitto dovrà essere commisurato alla differenza fra l'intero valore del contratto e l'utilità effettivamente conseguita dalla controparte (Cass., sez. VI, 26 marzo 2009, n. 117897, secondo cui in caso di appalto acquisito a seguito di corruzione, non può definirsi illecito e dunque confiscabile, il profitto conseguente da un'effettiva e corretta esecuzione delle prestazioni svolte in favore della controparte, pur in virtù di un contratto instaurato illegalmente: il profitto confiscabile non va identificato con l'intero valore del rapporto sinallagmatico instaurato con la P.A., dovendosi in proposito distinguere il profitto direttamente derivato dall'illecito penale dal corrispettivo conseguito per l'effettiva e corretta erogazione delle prestazioni svolte in favore della stessa amministrazione, le quali non possono considerarsi automaticamente illecite in ragione dell'illiceità della causa remota).

In sostanza, soltanto rispetto alla differenza fra l'intero valore del contratto e il valore della prestazione effettivamente svolta a vantaggio della controparte, è possibile affermare che l'ente abbia tratto un'utilità economicamente valutabile quale frutto immediato e diretto dell'illecito, là dove la seconda voce - cioè il corrispettivo percepito dall'ente in stretta correlazione alla prestazione eseguita - rappresenta un vantaggio economico conseguenza di un'attività lecita e non trova in effetti la sua causa nel reato. Se il profitto si sostanzia nel "beneficio aggiunto di natura patrimoniale" tratto dalla condotta illecita, esso non può che essere pari all'intero prezzo pattuito della commessa, cioè al valore totale fatturato del contratto, al netto del valore della prestazione effettivamente garantita alla controparte, di tal che, in caso di esecuzione solo parziale o in parte non conforme a quanto convenuto o comunque non utile, si dovrà detrarre soltanto il corrispettivo *pro-quota* o comunque stimato equo per la prestazione eseguita.

In conclusione, secondo la Cassazione, nel caso in cui il reato presupposto sia riconducibile a un'ipotesi di c.d. reato in contratto, il profitto assoggettabile a sequestro preventivo finalizzato alla confisca dovrà, dunque, essere determinato tenendo in considerazione un duplice criterio: da un lato, potranno essere assoggettati ad ablazione tutti i vantaggi di natura economico patrimoniale che costituiscano diretta derivazione causale dell'illecito (c.d. concezione causale del profitto), di tal che la confisca potrà interessare esclusivamente l'effettivo incremento del

patrimonio conseguito dall'agire illegale; dall'altro lato, non potranno essere aggrediti i "vantaggi" eventualmente conseguiti in conseguenza di prestazioni lecite effettivamente svolte a favore del contraente nell'ambito del rapporto sinallagmatico, cioè pari alla *utilitas* di cui si sia giovata la controparte, per cui dal prezzo indicato nel contratto (dunque al "lordo") dovranno essere defalcate le somme riscosse dall'ente pari alla "effettiva utilità conseguita dal danneggiato", *id est* al valore della prestazione di cui la controparte si sia effettivamente avvantaggiata in esecuzione di un contratto sinallagmatico.

3. La sentenza citata ribadisce la validità delle affermazioni rese dalle Sezioni Unite nel 2008, ma al contempo formula una serie di utili precisazioni.

Sotto il primo aspetto viene ribadito che nell'ambito dei cosiddetti reati in contratto il profitto assoggettabile a sequestro preventivo finalizzato alla confisca deve essere determinato tenendo in considerazione un duplice criterio: da un lato, potranno essere assoggettati ad ablazione tutti i vantaggi di natura economico patrimoniale che costituiscano diretta derivazione causale dell'illecito (c.d. concezione causale del profitto), di tal che la confisca potrà interessare esclusivamente l'effettivo incremento del patrimonio conseguito dall'agire illegale; dall'altro lato, non potranno essere aggrediti i "vantaggi" eventualmente conseguiti in conseguenza di prestazioni lecite effettivamente svolte a favore del contraente nell'ambito del rapporto sinallagmatico, cioè pari alla *utilitas* di cui si sia giovata la controparte.

Sotto altro profilo, però, la Cassazione – finalmente – si mostra consapevole di come la risoluzione del problema attinente la definizione e determinazione dell'ammontare del profitto nei reati in contratto rimanga tuttora aperta, in quanto la giurisprudenza in tema di distinzione fra reati-contratto e reati in contratto non fornisce elementi per guidare (nell'ambito della seconda categoria di illeciti) nell'attività di determinazione del valore della *utilitas* conseguita dalla controparte dalla esecuzione del contratto sinallagmatico, unica voce scomputabile dal complessivo valore del negozio e, quindi, sottratta all'ablazione.

Come sottolineato da più parti, è dubbio se tale utilità possa essere determinata avendo riguardo al prezzo della prestazione indicato nel contratto, ovvero al valore di mercato di essa, o ancora ai costi effettivamente sostenuti dall'impresa per dare esecuzione alla prestazione,

ricostruibili sulla base della contabilità obbligatoria e dei bilanci oggetto di revisione contabile, ovvero dei costi medi delle imprese del medesimo settore per dare esecuzione a quella tipologia di prestazione (in proposito, sia consentito il rinvio a SANTORIELLO, Giurisprudenza commentata: la nozione di profitto del reato nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione ed i suoi riflessi in tema di confisca, in Riv. Resp. Amm. Enti, 2008, 2; ID., La nozione di profitto confiscabile e la sorte dei beni immateriali, ivi, 2009, 4).

Nella sentenza in commento, la Corte di legittimità sceglie di prendere le mosse del suo ragionamento dalla considerazione che, nella commisurazione del valore della "*utilità conseguita dal danneggiato*", non si può in alcun modo tenere conto del margine di guadagno per l'ente, dell'utile d'impresa che - almeno fisiologicamente - compone il corrispettivo pagato per la prestazione: tenuto conto della *ratio* dell'istituto, ispirata al principio secondo il quale *crimen non lucret*, non è invero ammissibile che la persona giuridica chiamata a rispondere della responsabilità amministrativa possa trarre un qualunque vantaggio economico, un lucro, dall'agire illecito.

Ne discende che l'*utilitas* non può essere commisurata al prezzo indicato nel contratto, in ipotesi viziato dall'attività illecita, né al valore di mercato della prestazione ivi prevista, in quanto di necessità inglobanti anche un margine di guadagno per l'ente, un utile d'impresa, un *quid pluris* rispetto al valore "nudo" della prestazione, che non può essere riconosciuto per le ragioni sopra esplicitate.

Ed invero, solo impedendo che dal profitto confiscabile venga defalcato il margine di guadagno tratto dall'ente dalla commessa oggetto dell'illecito, è possibile evitare il "risultato paradossale" in evidente contrasto con la *voluntas legis*, secondo cui, in caso di esatto adempimento del contratto pur inquinato dall'illecito, potrebbe in concreto non configurarsi nessun profitto confiscabile, pur avendo l'ente tratto dall'attività illecita un vantaggio da un punto di vista economico, rappresentato appunto dall'utile di impresa.

Sulla scorta di tali premesse, si ritiene che il valore della prestazione svolta a vantaggio della controparte debba essere commisurato ai soli "costi vivi", concreti ed effettivi, che l'impresa abbia sostenuto per dare esecuzione all'obbligazione contrattuale, non potendo computarsi nel valore della *utilitas* conseguita dalla controparte anche il margine di guadagno per l'ente esecutore (Cass., sez. VI, 5 novembre 2014, n. 53430; Cass., sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 9988).

Inoltre, nel caso in cui l'esecuzione della prestazione sia parziale o in parte non conforme a quanto convenuto, secondo i giudici di legittimità dal valore complessivo del contratto potrà essere detratto soltanto il costo *pro-quota* stimato equo per la prestazione in effetti eseguita e di cui la controparte si sia utilmente giovata.

Così ricostruito, il perimetro del profitto confiscabile viene dunque a comprendere esclusivamente il beneficio patrimoniale "netto" derivante dall'attività illecita e lascia fuori i vantaggi economici "netti" derivanti dall'esecuzione di un'attività di per sé lecita.

Risulta di tutta evidenza come il profitto confiscabile non coincida con il "profitto netto" inteso in senso aziendalistico, là dove isola (e dunque assoggetta ad ablazione), nell'ambito dell'intero prezzo indicato nel contratto e versato dalla controparte, le somme percepite dall'agente che non siano giustificate dai costi concreti ed effettivamente sostenuti per dare esecuzione alla prestazione di cui la controparte si sia avvantaggiata: si tratta, dunque, di concetto estraneo all'utile d'impresa, costituendo - in linea con le indicazioni date dalle Sezioni Unite - l'"utile netto" tratto dall'agente quale diretta ed immediata conseguenza dell'operazione criminale.

Corte cassazione, sez. III, 18 maggio 2017 (dep. 19 dicembre 2017), n. 56424; CAVALLO, *Presidente*, DI NICOLA *Estensore*; SPINACI P.M. (conf.); MarLigure S.r.l., imp.

Responsabilità da reato degli enti – Disciplina della prescrizione – differenza rispetto alla normativa dettata con riferimento al processo penale nei confronti delle persone fisiche - Violazione del principio di uguaglianza e del principio di ragionevole durata del processo - Questione di costituzionalità - Manifesta infondatezza (Cost., artt. 3, 24, comma 2[^], 41, 111, 117 in riferimento all'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; D.Lgs. 231 del 2001, artt. 22, 59, 60)

In tema di responsabilità da reato degli enti, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'ente, in quanto atto di contestazione dell'illecito, interrompe la prescrizione e ne sospende il decorso dei termini fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. Tale efficacia interruttiva della prescrizione sussiste anche in caso di successiva intervenuta prescrizione del reato presupposto, giacché il relativo termine, una volta effettuata la contestazione ex art. 59 d.lgs. n. 231 del 2001, non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento nei confronti della persona giuridica (4)

1. Come è noto, 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”.

In giurisprudenza, cfr. 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 pronuncia della sentenza che definisce il giudizio”;

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 veda anche Cass., sez. V, 22 settembre 2015, D'Errico, in Mass. Uff., n. 265588.

2. Le ragioni per cui il legislatore è pervenuto ad una regolamentazione dell'istituto della prescrizione nell'ambito del procedimento contro le persone giuridiche così divergente rispetto al regime che il medesimo istituto ha in sede di processo penale nei confronti di persone fisiche sono rinvenute nella circostanza che da un lato l'illecito dell'ente è un illecito amministrativo e quindi pare opportuno il richiamo a quanto in tema di prescrizione dispone l'art. 28 lg. N.689 del 1981 e dall'altro che la disciplina contenuta nel decreto n. 231 realizza un adeguato bilanciamento fra le esigenze di durata ragionevole del processo - essendo comunque previsto un termine di prescrizione breve, pari a soli cinque anni dalla consumazione dell'illecito - e le esigenze di garantire un'adeguata completezza dell'accertamento giurisdizionale riferito ad una fattispecie complessa come quella relativa all'illecito amministrativo dell'ente. In particolare, l'effetto di un tale bilanciamento risiede nella tendenziale riduzione del rischio di prescrizione una volta che, esercitata l'azione penale, si instauri il giudizio, con il contrappeso rappresentato dalla ridotta durata del termine di prescrizione, fissato per tutti gli illeciti in cinque anni, termine sensibilmente più breve rispetto a quanto previsto dal codice penale.

3. La disciplina suddetta è già stata denunciata per contrasto con gli artt. 3, 24, secondo comma, e 111 Cost., ma la Cassazione (Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, Bonomelli, in Mass. Uff., n. 267047; Cass., sez. II, 27 settembre 2016, Riva, sul punto non massimata; Cass., sez. VI, 22 giugno 2017, Fitto, n. 41768) ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità, atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità ex delicto di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione.

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

Nuova disciplina della privacy e d. lgs. 231/2001: affinità. Ulteriori aggravii per società ed enti pubblici

Dal 25 maggio 2018, dovrà essere applicato il "Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46 CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)" (1). L'applicazione del Regolamento è immediatamente obbligatoria in tutti i suoi elementi e in tutti gli Stati membri, senza necessità di recepimento da parte loro.

Conseguentemente, dalla stessa data del 25 maggio 2018 cesserà l'applicazione del "Codice in materia di protezione dei dati personali", previsto dal D.Lgs. 196/2003. Debutta, dunque, una nuova disciplina della *privacy*, voluta dall'Unione europea per rafforzare il principio – previsto dai Trattati sull'Unione – per cui ogni persona, conformemente alla "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", ha diritto alla protezione dei propri dati personali.

Tenute all'applicazione della nuova normativa sono tutte le amministrazioni pubbliche (eccettuate le autorità giurisdizionali quando esercitano le loro funzioni) e le imprese. Nel Regolamento Ue, le prime sono indicate, genericamente, come "autorità pubblica o organismo pubblico" (art. 37, 1). L'individuazione dei soggetti pubblici tenuti all'osservanza delle nuove norme sulla *privacy* è, quindi, rimessa al diritto nazionale (2).

(1) Il Regolamento è anche indicato come RGPD o *GDPR* – *General Data Protection Regulation*.

(2) Il Garante per la protezione dei dati personali raccomanda, tuttavia, che non solo le amministrazioni pubbliche intese in senso stretto, ma anche i soggetti privati che esercitano

L'applicazione del Regolamento postula la "mappatura dei rischi", delle situazioni cioè "aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche" (art. 24, 1).

Si richiede, pertanto, di adottare "misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al Regolamento" (art. 25, 1).

Tale adozione è, particolarmente, opportuna anche per evitare l'applicazione delle non lievi sanzioni indicate dal Regolamento (3).

I responsabili del trattamento della *privacy* sono esonerati dalle responsabilità se dimostrano che l'evento dannoso non è imputabile a loro in alcun modo (art. 82).

Quanto a detti responsabili, il Regolamento ne prevede due e – se del caso – tre, posti su diverso livello. Al vertice, è collocato il "titolare del trattamento", cioè la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali. Segue il "responsabile del trattamento", cioè la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento. Il responsabile del trattamento deve presentare garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate affinché il trattamento soddisfi i requisiti previsti dal Regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato (art. 28, 1).

Il titolare e il responsabile del trattamento – se sussistono determinate condizioni – (4) creano un terzo livello di responsabilità, nominando un

funzioni pubbliche (in qualità, ad esempio, di concessionari di servizi pubblici) ottemperino alle nuove regole sulla *privacy*.

(3) Gli artt. 83 e 84 del Regolamento definiscono il quadro sanzionatorio in caso di violazione delle norme sulla *privacy*. L'art. 84 demanda ai singoli Stati la definizione del regime sanzionatorio per le violazioni del Regolamento non soggette alle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal Regolamento stesso. Tali sanzioni devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive". Quanto alle sanzioni amministrative pecuniarie, si prevede (art. 83) che siano applicabili, tenendo conto della gravità e delle circostanze, fino a 10.000.000 di euro (o, per le imprese, fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente), ovvero fino anche a 20.000.000 di euro (o, per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore).

(4) L'art. 37 del Regolamento individua queste condizioni in: "a) il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, eccettuate le autorità giurisdizionali quando

“responsabile della protezione dei dati” (RPD) (art. 37, 1). Il RPD è nominato con apposito atto formale che deve indicare, espressamente, compiti e funzioni da svolgere; deve possedere qualità professionali e conoscenza specialistica della normativa e della prassi in materia di protezione dei dati (art. 37, 5) e deve operare con un grado sufficiente di autonomia senza ricevere alcuna istruzione per l'esecuzione dei suoi compiti e riferendo, direttamente al vertice amministrativo (art. 38, 3).

Il Regolamento comunitario prevede che al RPD, per l'esecuzione dei compiti complessi che gli sono affidati, siano fornite “le risorse necessarie per assolvere tali compiti” (art. 38, 2) (5). Il RPD è incaricato almeno dei seguenti compiti: a) informare e fornire consulenza al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento, nonché ai dipendenti che eseguono il trattamento in merito agli obblighi derivanti dal Regolamento nonché da altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati; b) sorvegliare l'osservanza del Regolamento, di altre disposizioni dell'Unione o degli Stati membri relative alla protezione dei dati nonché delle politiche del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento in materia di protezione dei dati personali, compresi l'attribuzione delle responsabilità, la sensibilizzazione e la formazione del personale che partecipa ai trattamenti e alle connesse attività di controllo; c) fornire, se richiesto, un parere in merito alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e sorvegliarne lo svolgimento; d) cooperare con l'autorità di controllo (6); e) fungere da punto di contatto per l'autorità di

esercitano le loro funzioni giurisdizionali; b) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono in trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala; c) le attività principali del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento consistono nel trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali o di dati relativi a condanne penali e a reati”.

(5) Le Linee guida del Gruppo europeo per l'applicazione del Regolamento evidenziano che: «In linea di principio, quanto più aumentano complessità e/o sensibilità dei trattamenti, tanto maggiori devono essere le risorse messe a disposizione del RPD. La funzione "protezione dati" deve poter operare con efficienza e contare su risorse sufficienti in proporzione al trattamento svolto». I soggetti tenuti alla nomina del RPD dovranno, quindi, valutare l'opportunità – se non la necessità – di istituire un apposito ufficio al quale destinare le risorse per lo svolgimento dei compiti del RPD

(6) L'«autorità di controllo» è l'autorità pubblica indipendente istituita da uno Stato membro ai sensi del Regolamento Ue 2016/679 in esame.

controllo per questioni connesse al trattamento, tra cui la consultazione preventiva ed effettuare, se del caso, consultazioni relativamente a qualunque altra questione (art. 39, 1).

Il Regolamento prevede anche (art. 40) che gli Stati membri e le autorità di controllo incoraggino l'elaborazione di "codici di condotta" allo scopo di contribuire alla corretta applicazione della disciplina sulla *privacy*, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese e che tali codici possano essere elaborati anche dalle associazioni e dagli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento. Le associazioni e gli altri organismi che intendono elaborare un codice di condotta, o modificare o prorogare un codice esistente, sottopongono il progetto di codice, la modifica o la proroga all'autorità di controllo competente. L'autorità di controllo esprime un parere sulla conformità al Regolamento del progetto di codice, e approva tale progetto, se ritiene che offra in misura sufficiente garanzie adeguate.

Anche a una lettura veloce, non sfuggono le affinità della disciplina del Regolamento sul trattamento dei dati personali con quella prevista dal D.Lgs. 231 del 2001 (dopo decreto 231). Mappatura dei rischi e predisposizione di un sistema organizzativo per l'applicazione della *privacy* evoca fortemente, per le finalità della disciplina in esame, l'adozione di un modello organizzativo non dissimile dal Modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal decreto 231. La predisposizione di un sistema efficace per la protezione e il trattamento dei dati personali, similmente all'adozione del Modello ex decreto 231, in sede contenziosa esonera i responsabili aziendali della *privacy* da imputabilità per violazioni della disciplina stabilita dal Regolamento.

Il RPD – per modalità di nomina, requisiti, funzioni e autonomia – presenta evidenti analogie con l'Organismo di Vigilanza previsto dal decreto 231 sotto gli stessi profili. Deve essere designato con apposito atto formale, possedere specifica professionalità e operare con autonomia e indipendenza. Deve sorvegliare l'osservanza delle disposizioni per la tutela del trattamento dei dati personali – comprese le politiche aziendali in materia di protezione dei dati personali –, fornire indicazioni e sensibilizzare i dipendenti in merito agli obblighi sulla *privacy*, attivando anche processi di formazione in quest'area. Il titolare del trattamento e il responsabile del

trattamento devono assicurarsi che il RPD sia tempestivamente e adeguatamente coinvolto in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali (in analogia, v. art. 6, comma 2, lett. d), D.Lgs. 231/01). Situazioni tutte e compiti rinvenibili anche nella posizione dell'Organismo di Vigilanza.

Altre affinità tra Regolamento comunitario e decreto 231 possono rinvenirsi nell'adozione, anche per la *privacy*, di Codici di condotta, che possono anche essere dedotti da modelli predisposti da associazioni di categoria, purché inviati e assentiti dall'autorità di controllo.

Sembra fuor di dubbio che l'esperienza formatasi per l'applicazione della disciplina del decreto 231 possa costituire, per le imprese, un utile *know-how* per quella riguardante il Regolamento comunitario. Know-how verosimilmente acquisito anche da società ed enti pubblici tenuti all'osservanza del decreto 231. I quali, tuttavia, sono ora alle prese con l'applicazione delle norme in materia di lotta alla corruzione e sulla trasparenza, sulla base delle "linee guida" dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, da ultimo ribadite con la delibera 1134 dell'8 novembre 2017.

Nel provvedimento si prevede che le società a controllo pubblico – che devono disporre misure integrative di quelle adottate ai sensi del decreto 231 per prevenire anche i fenomeni di corruzione e illegalità in coerenza con le norme anticorruzione ((l. 190/2012) – procedano anche alla nomina del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, in osservanza della normativa anticorruzione. Il Regolamento comunitario stabilisce che va fatta la nomina del RPD quando "il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico" (art. 37,1, a). Con le nuove norme sulla *privacy* viene dunque a crearsi, presso gli enti e organismi pubblici, una convivenza di più funzioni di responsabilità, di non semplice organizzazione e gestione, e con evidenti aggravii di oneri economici.