

Circolare (231)

approfondimenti, notizie e informazioni



n. 5 - maggio 2015

PLENUM

rivista231.it

Sommario

1. AMBIENTE E SICUREZZA	3
<i>di Marina Zalin</i>	
2. GIURISPRUDENZA ANNOTATA	15
<i>di Ciro Santoriello</i>	
3. INFORMATICA FORENSE	22
<i>di Giuseppe Vaciago e Matteo de Paolis</i>	
4. NORME E ATTI (1)	26
<i>di Ranieri Razzante</i>	
5. NORME E ATTI (2)	29
<i>di Sandro Bartolomucci</i>	
6. PRIVACY	33
<i>di Patrizia Ghini</i>	
7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI	35
<i>di Carlo Manacorda</i>	

AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

Approvato definitivamente dal Senato il ddl che introduce nuovi delitti contro l'ambiente

Lo scorso 19 maggio il Senato ha definitivamente approvato il d.d.l. 1345-B e reso così legge la riforma sui c.d. eco-reati, ora inseriti in un autonomo Titolo VI-bis all'interno del codice penale, come una particolare enclave relativa alla materia ambientale.

Le modifiche, come già delineato in un precedente contributo, vanno ad insistere anche sul catalogo dei reati-presupposto per l'applicazione della responsabilità amministrativa da reato dell'ente di cui al D. Lgs. 231/2001.

In sintesi si riscontra la modifica dell'art. 25-undecies con l'ampliamento del novero dei reati-presupposto ed un generale aumento del rigore sanzionatorio:

- a) Inquinamento ambientale (art. 452-bis c.p.): punito con la sanzione pecuniaria da 250 a 600 quote;
- b) Disastro ambientale (art. 452-quater c.p.): punito con la sanzione pecuniaria da 400 a 800 quote;
- c) Delitti di natura colposa contro l'ambiente (452-bis, 452-quater, 452-quinquies c.p.): puniti con la sanzione pecuniaria da 200 a 500 quote;
- d) Delitti associativi aggravati dall'essere finalizzati alla commissione di reati ambientali: puniti con la sanzione pecuniaria da 300 a 1000 quote;
- e) Traffico ed abbandono di materiale altamente radioattivo (452-sexies c.p.): punito con la sanzione pecuniaria da 250 a 600 quote;

Si prevedono altresì pesanti sanzioni interdittive (ex art. 9 D. Lgs. 231/2001), della durata non superiore ad un anno, in caso di condanna per "inquinamento ambientale" o "disastro ambientale" così come inseriti sub art. 25-undecies, lett. A) e B).

Tali interdizioni comprendono, ad esempio, l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o revoca di licenze, autorizzazioni o concessioni, il divieto di contrattare con la P.A., etc.

Solo in caso di condanna per reati colposi, la cui punibilità è riconosciuta esclusivamente con riferimento all'inquinamento ed al disastro ambientale, si potrà avere una riduzione delle sanzioni interdittive e pecuniarie pari ad un terzo.

Premesso questo sintetico quadro riassuntivo, che rimarca ulteriormente la necessità di una forte attenzione alla predisposizione dei modelli di prevenzione da parte degli enti che possano riconoscere, nella tipologia dei reati astrattamente commissibili dai propri sottoposti in loro favore o vantaggio, anche quelli di matrice ambientale, è bene analizzare più compiutamente i delitti più significativi e le loro criticità da subito emergenti. Il nuovo Titolo VI-bis libro secondo del codice penale, è volto a costituire un quadro più organico relativo ai delitti in materia ambientale, la Parte VI-bis al D. Lgs. 152/2006 è tesa a garantire l'estinzione delle contravvenzioni ambientali – che non hanno cagionato danno o pericolo concreto di danno – mediante un procedimento di adempimento a talune prescrizioni imposte dagli organi di vigilanza, come già previsto in materia di sicurezza sul lavoro.

L'intenzione del legislatore è chiaramente quella di sanzionare in modo forte ed efficace, evitando da subito i rischi della prescrizione per i casi più eclatanti e mediatici (si pensi, ad esempio, al processo Eternit), i pericoli concreti e i danni che l'ambiente subisce.

Parallelamente, tuttavia, si riconosce che ove le violazioni contravvenzionali non siano concretamente in grado di ledere il bene giuridico ambientale (essendo spesso costruite come reati-ostacolo che anticipano la tutela a profili formali quali, ad esempio, il possesso di particolari autorizzazioni) l'interesse pubblico è soddisfatto nell'eliminazione delle violazioni mediante il rispetto di alcune prescrizioni specifiche ed il pagamento di una sanzione pecuniaria in via amministrativa.

Sul piano sostanziale sono due i delitti più attesi e più rilevanti, entrambi caratterizzati da un aspro rigore sanzionatorio e dalla tipologia, che muove tendenzialmente dal tradizionale reato di pericolo al reato di danno (pur senza rinnegare la punibilità delle condotte in grado di cagionare pericolo).

Per l'irrogazione delle forti sanzioni, volute a gran voce dall'opinione pubblica e dalle associazioni ambientaliste, si richiederà ora la prova dell'effettiva causazione di un danno a fronte delle precedenti impostazioni che ritenevano sufficiente – ma punendolo in modo assai più mite – il solo pericolo: la creazione di un pericolo di inquinamento o disastro ambientale avrà ancora rilievo sul piano penalistico, ma con una sensibile diminuzione della cornice edittale sanzionatoria.

Vedremo quindi, con ottica problematica, cosa comportano i due principali delitti introdotti nel codice penale, il nuovo procedimento di estinzione delle contravvenzioni non cagionanti danno o pericolo concreto e le criticità relative al nuovo delitto di omessa bonifica, per il quale già si profilano problemi di compatibilità con l'art. 257 D. Lgs. 152/2006.

Art. 452-bis c.p. (Inquinamento ambientale)

Il nuovo delitto punisce con la reclusione da 2 a 6 anni e la multa da euro 10.000 a 100.000 chiunque cagioni abusivamente una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili:

- 1) Delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo;
- 2) Di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna

La pena è aumentata se l'inquinamento è prodotto in area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette.

- L'avverbio abusivamente, introdotto in luogo della precedente locuzione "in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale", è divenuto da subito materia di discussione.

Parte dei primi commentatori ha salutato con estremo sfavore la modifica, sostenendo che – di fatto – si aprirà la strada all'impunità per gli inquinatori in possesso di autorizzazioni, dal momento che le loro azioni non potranno certo essere ritenute "abusive".

Si ammetterebbe, pertanto, la punibilità del solo "inquinamento abusivo", ossia cagionato da condotte poste in essere in assenza dei titoli abilitativi richiesti dalla legge e quindi senza alcuna forma di autorizzazione rilasciata dalla Pubblica Amministrazione.

Autorizzazione che, per converso, non permetterebbe mai di ritenere "abusiva" l'attività e quindi aprirebbe le porte alle assoluzioni per gli inquinatori in possesso dei titoli abilitativi.

Per converso, altri autori, invece, ritengono all'opposto che l'avverbio in questione sia sopravvalutato, in quanto esso semplicemente allude alla generale "violazione delle regole vigenti in materia", rendendo del tutto indifferente il possesso di autorizzazioni pubbliche in capo al soggetto inquinatore, proprio perché tale condotta mai potrebbe essere resa lecita.

- Andrà definita con precisione la nozione di "compromissione" e la sua relazione con il "deterioramento", che peraltro dovrà essere "significativa e misurabile".

Se il concetto di significatività sarà probabilmente in grado di escludere le ipotesi più lievi o marginali di inquinamento, diversamente è più

critico il concetto di misurabilità: si potrà fare uso delle concentrazioni soglia di contaminazione o di rischio, anche se queste non misurano direttamente la compromissione o il deterioramento dell'ambiente.

La misurabilità, peraltro, postula necessariamente una unità di misura allo stato non esistente.

- Il contesto geografico dell'ambiente inquinato non è di agevole determinazione.

In particolare:

- ❖ "Porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo" è espressione vaga che lascia ampio spazio alla valutazione del Giudice, il quale dovrà ben motivare sul punto.
Interessante questione potrebbe porsi per il caso in cui fortissime concentrazioni di inquinanti fossero contenute in una ristrettissima porzione di terreno: in tal caso potrebbe ritenersi semplicemente "significativa" la porzione di suolo o di sottosuolo deteriorata o compromessa?
- ❖ Le nozioni di "ecosistema", "biodiversità", "flora" e "fauna" sono di fatto elementi che devono trovare una chiara definizione giuridica: saranno mutate le nozioni del diritto ambientale internazionale (ad es. la Convenzione sulla Diversità Biologica di Rio de Janeiro del 1992) o ne saranno utilizzate di diverse? Le definizioni utilizzate per il diritto ambientale internazionale sono utilizzabili anche per il diritto penale interno?

Art. 452-quater c.p. (Disastro ambientale)

Fuori dai casi previsti dall'art. 434 c.p., relativo al disastro c.d. innominato, è punito con la reclusione da 5 a 15 anni chiunque cagioni un disastro ambientale.

Il disastro ambientale ricorre nelle tre diverse ipotesi alternative di seguito indicate:

- a) Alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema;
- b) Alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali;
- c) Offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo.

La pena è aumentata se l'inquinamento è prodotto in area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette.

- La clausola di salvaguardia relativa all'art. 434 c.p. mostra chiaramente la natura speciale del nuovo delitto – peraltro punito assai più severamente – rispetto alla classica ipotesi del disastro innominato, che resta fattispecie nella quale confluiranno le condotte che non rientrano nelle ipotesi tassativamente descritte.

In tal senso dovrebbe essere finalmente chiusa la tematica della compatibilità del disastro ambientale, che prima non aveva una autonoma collocazione giuridica, con l'art. 434 c.p., già oggetto di importanti pronunce della Corte Costituzionale (cfr. sent. 327/2008, est. Flick).

- Assai problematica è la nozione di “equilibrio” dell'ecosistema, proprio per la natura eccezionale della situazione, che è turbata da qualsiasi ingerenza esterna. Si dovrà probabilmente fare attenta interpretazione e definizione del concetto di equilibrio e limitare l'applicazione della norma ai soli squilibri che abbiano una certa consistenza oltre che irreversibilità.

Sul punto potrà essere utile l'esperienza della giurisprudenza dell'art. 434 c.p., la quale appunto insiste su concetti quali “eventi straordinariamente gravi e complessi” (Cass. Pen. 16.01.2008) o anche piccoli eventi non immediatamente percepibili, ma comunque forieri di imponenti compromissioni della tutela della sicurezza, della salute e di altri valori in grado di ledere l'incolumità pubblica (Cass. Pen.7941/2014).

- L'onerosità dell'eliminazione dello squilibrio andrà verosimilmente valutata in ottica assoluta, anche se il punto non è chiaro: si dovrà spiegare con precisione se i profili soggettivi abbiano rilievo nella valutazione in esame. Basti pensare ad un obbligo di bonifica sicuramente costoso, ma sostenuto economicamente senza problemi da un gruppo industriale molto florido: potrà in tal caso sostenersi la sussistenza del reato?
- L'eccezionalità dei provvedimenti volti a rimuovere lo squilibrio andrà parimenti chiarita: si farà riferimento a procedure al di fuori del normale contraddittorio con la Pubblica Amministrazione ovvero all'uso di

tecniche di particolare natura e/o al di fuori dell'ordinario procedimento di bonifica o ripristino dei luoghi?

- In riferimento all'ipotesi di disastro sub C) si trovano nuovamente elementi di ampia discrezionalità, che dovranno essere congruamente motivati dal Giudice: ci si riferisce in particolare al concetto di "estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi" ed al "numero delle persone offese o esposte al pericolo".

Il dato è invero rilevante, poiché dalla stessa valutazione discende l'applicabilità o meno della nuova normativa: sono ben due gli elementi quantitativi e discrezionali posti alla base della fattispecie, quali suoi elementi costitutivi.

La questione, peraltro, potrebbe porre problemi di costituzionalità in riferimento all'art. 25 Cost. ed al canone di tassatività che informa il diritto penale: in tal senso, infatti, una mera discrezione nella valutazione di criteri quantitativi elastici può determinare un mutamento del titolo di reato ascritto all'indagato o imputato, in taluni casi impossibilitato a conoscere ex ante le conseguenze giuridiche delle proprie condotte.

Elemento di difficile valutazione è quello contenuto all'art. 452-quinquies, che di fatto riguarda in pari modo entrambi i delitti di inquinamento e disastro ambientale.

Al primo comma si prevede una forte diminuzione di pena, da un terzo a due terzi, per i casi di inquinamento o disastro ambientale colposi: sarà probabilmente qui una importantissima partita per difesa ed accusa, soprattutto in virtù dell'assenza di una diversa cornice edittale e della presenza – invece – di una attenuante ad effetto speciale dalla forbice assai ampia.

Il secondo comma, invece, prevede una ulteriore diminuzione di un terzo della pena se dalla commissione dei fatti di cui al primo comma (ossia dal disastro o inquinamento!!) deriva un pericolo di inquinamento o disastro ambientale.

Come anticipato nell'introduzione, infatti, il legislatore cerca di introdurre una clausola di equivalenza tra dolo e colpa – pur differenziandone il rigore sanzionatorio -, prevedendo ancora la punibilità per i fatti che cagionino il solo pericolo: di fatto, pertanto, non è pienamente corretto affermare l'inclusione dei reati ambientali nel novero dei reati di danno.

Il problema, tuttavia, è dietro l'angolo: stando alla lettera della norma ad essere puniti per il cagionamento di un pericolo di inquinamento o disastro sono solo i reati di cui al comma precedente, quindi quelli di matrice

colposa. La punibilità per il pericolo di inquinamento o disastro dolosi, invece, non sembra essere richiamata nonostante sia evidente la maggiore gravità degli stessi.

La giurisprudenza dovrà chiarire anche questo specifico punto, sotto pena di mancare di ragionevolezza e rischiare una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 452-quinquies, comma II, c.p.

O riuscirà ad includere "naturalmente" anche il pericolo – e non solo il danno - di inquinamento o disastro nella formulazione degli articoli 452-bis e quater (considerando così l'art. 452-quinquies comma II una attenuante di favore non prevista per le ipotesi dolose) o la punibilità del pericolo di inquinamento o disastro colposo potrà essere esclusa dalla Corte Costituzionale.

Inoltre, foriera di ambiguità appare la tecnica legislativa utilizzata: i fatti di cui al primo comma non sono le condotte, dalle quali ben potrebbe derivare in danno od un pericolo, ma sono gli stessi reati (costruiti come fattispecie di danno) dai quali dovrebbe derivare un pericolo.

Da molti anni, nel campo della sicurezza sul lavoro, trova applicazione un meccanismo agevolato di estinzione delle contravvenzioni meno gravi, introdotto dal decreto legislativo n. 758/1994 e basato sui seguenti passaggi:

- Quando accerta una contravvenzione (penale) in materia di sicurezza, l'organo di vigilanza – nell'esercizio delle proprie funzioni di polizia giudiziaria - impartisce al contravventore una apposita prescrizione per la regolarizzazione degli impianti o delle procedure, fissando un termine per l'adempimento;
- Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, l'organo accertatore verifica se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati dalla prescrizione;
- Quando risulta l'adempimento della prescrizione, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa;
- Il procedimento penale per la contravvenzione è sospeso dal momento dell'iscrizione della notizia di reato fino al momento in cui il pubblico ministero riceve comunicazione dell'adempimento o inadempimento della prescrizione;

- La sospensione del procedimento non preclude la richiesta di archiviazione. Non impedisce, inoltre, l'assunzione delle prove con incidente probatorio, né gli atti urgenti di indagine preliminare, né il sequestro preventivo ai sensi degli articoli 321 e seguenti del codice di procedura penale.
- La contravvenzione si estingue se il contravventore adempie alla prescrizione impartita dall'organo di vigilanza nel termine ivi fissato e provvede, sempre entro il termine, al pagamento dell'oblazione amministrativa dovuta.

La nuova legge sui reati ambientali introduce anche per i reati ambientali meno gravi un meccanismo quasi identico (ma con un ambito di applicazione assai meno preciso). Esso riguarderà le contravvenzioni "in materia ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette" (così il nuovo art. 318-bis del Decreto legislativo n. 152/2006). Come accennato, diversamente da quanto previsto in materia di sicurezza, l'ambito di applicazione del nuovo meccanismo di estinzione agevolata di alcuni reati ambientali è quanto mai impreciso. Per la sicurezza, infatti, il Decreto legislativo n. 758/1994 individuava con precisione le specifiche contravvenzioni cui l'estinzione agevolata si applica.

Per l'ambiente, invece, la nuova normativa fa riferimento, come abbiamo visto, alle contravvenzioni "che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno" alle risorse protette. Dunque, sembra si tratti di una valutazione da farsi caso per caso, sulla base delle caratteristiche del fatto accertato.

E ciò con una evidente complicazione: che cosa accadrà quando non vi sarà accordo tra organo di vigilanza e Pubblico Ministero in merito alla esistenza o meno dei presupposti per l'applicazione del meccanismo di estinzione del reato con oblazione amministrativa?

Se si esclude la grave incertezza riguardante l'ambito di applicazione, il meccanismo di estinzione dei reati ambientali meno gravi ricalca, come sopra accennato, quello ormai consolidato in materia di sicurezza. Ed è pertanto presumibile che la giurisprudenza arrivi a conclusioni interpretative analoghe. Anche per le contravvenzioni ambientali, quindi, come già per quelle in materia di sicurezza:

- Se il pubblico ministero prende notizia di una contravvenzione di propria iniziativa ovvero la riceve da privati o da pubblici ufficiali o incaricati di un

pubblico servizio diversi dall'organo di vigilanza e dalla polizia giudiziaria, ne dà comunicazione all'organo di vigilanza o alla polizia giudiziaria affinché provveda alla prescrizione e agli adempimenti successivi. In questo caso, l'organo di vigilanza o la polizia giudiziaria informano il pubblico ministero della propria attività senza ritardo (cfr. nuovo art. 318-quinquies del Decreto legislativo n. 152/2006).

- L'adempimento in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma che comunque risulta congruo, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza sono valutati ai fini dell'applicazione della cd, 'oblazione speciale' prevista in termini generali dall'articolo 162-bis del codice penale (che peraltro non è possibile in caso di precedenti reiterate condanne penali per reati analoghi). In tal caso, la somma da versare consiste nella metà del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa (cfr. nuovo art. 318-septies del Decreto legislativo n. 152/2006).

- Il termine per il pagamento dell'oblazione amministrativa è perentorio (cfr. Cassazione penale, sez. III, n. 40589 del 03.05.13).

- La procedura di estinzione del reato trova applicazione anche quando il trasgressore ha provveduto autonomamente a regolarizzare la situazione, senza attendere la prescrizione dell'organo di vigilanza (cfr. Cassazione penale, sez. III, n. 34750 del 03.05.11).

- L'agevolazione consistente nel pagamento di una oblazione amministrativa agevolata (pagamento di $\frac{1}{4}$ del massimo) si applica anche quando l'organo di vigilanza non ritiene necessario o possibile adottare alcuna prescrizione (cfr. Cassazione penale, sez. III, n. 5864 del 18.11.10).

- In caso di mutamento del datore di lavoro (ad esempio, per cessione d'azienda ovvero, comunque, per subentro di altri nella relativa qualifica), non è necessaria la reiterazione dell'invito alla regolarizzazione (cfr. Cassazione penale, sez. III, n. 29543 del 07.05.09).

- Quando le conseguenze dannose o pericolose del reato risultino eliminate per effetto di una regolarizzazione spontanea o a seguito dell'osservanza di prescrizioni irrisultate, non vi sono ostacoli a che il contravventore venga ammesso al pagamento della oblazione amministrativa che estingue il reato (cfr. Corte Costituzionale, n. 192 del 04.06.03, Corte Costituzionale, n. 19 del 18.02.98 e Cassazione penale, sez. III, n. 34750 del 03.05.11).

- La agevolazione consistente nel pagamento di una oblazione amministrativa agevolata (pagamento di $\frac{1}{4}$ del massimo) si applica anche quando l'organo di vigilanza non ritiene necessario o possibile adottare alcuna prescrizione (cfr. Cassazione penale, sez. III, n. 5864 del 18.11.10).

Un ultimo punto va sottolineato, in quanto caratterizza il meccanismo di estinzione del reato attraverso il pagamento dell'oblazione amministrativa ed ha importanti conseguenze per le imprese. Si tratta di questo. La prescrizione impartita dall'organo di vigilanza è un atto di polizia giudiziaria e non costituisce quindi, secondo la giurisprudenza, un provvedimento amministrativo che possa essere impugnato al TAR (Cassazione, sezioni unite civili, 9 marzo 2012, n. 3694; Cass. Penale, sezione prima, 14 febbraio 2000, n. 1037; Cass. Penale, sezione terza, 16 giugno 2009, n. 24791; TAR Veneto 26 novembre 2008, n. 3701; TAR Lombardia-Brescia, 15 gennaio 2010, n. 54. In senso contrario solo alcune meno recenti sentenze di tribunali amministrativi: TAR Veneto 4 ottobre 2002, n. 5967 e giurisprudenza precedente ivi citata).

Ciò ha importanti conseguenze.

In primo luogo, l'unica sede idonea per contestare nel merito la fondatezza o ragionevolezza del contenuto della prescrizione è il processo penale. L'imprenditore che considera illegittima la prescrizione, e che pertanto non ritiene di adempiervi, può soltanto sostenere le proprie ragioni davanti al giudice penale, il quale naturalmente ha sempre il potere di disapplicare la prescrizione se la considera illegittima.

In secondo luogo, e conseguentemente, al momento della visita dell'organo di vigilanza l'imprenditore ha un preciso interesse a cercare di discutere da subito con gli ispettori il contenuto di eventuali prescrizioni. E ciò al preciso fine di evitare di trovarsi costretto ad affrontare un procedimento penale per poter contestare il contenuto di prescrizioni considerate illegittime o irragionevoli.

L'omessa bonifica era già punita, come contravvenzione, dall'art. 257 del Testo Unico Ambientale. La norma viene oggi marginalmente modificata, ma soprattutto, sostanzialmente, duplicata in un nuovo delitto; l'art. 452 terdecies c.p. andrà, infatti, a reprimere, più gravemente, la stessa condotta omissiva di cui all'art. 257, sia pure con le significative differenze che ora si esaminano.

Confrontando le due norme emerge, innanzitutto, che l'omessa comunicazione di cui all'art. 242 resta punita solo dall'art. 257.

Al riguardo si ricorda che, secondo la Corte di Cassazione, l'omessa comunicazione può essere contestata solo a colui che ha causato

l'inquinamento, non al proprietario o al gestore incolpevole, benchè gravati anche loro dall'obbligo di segnalare l'evento. Un'altra differenza riguarda l'assenza di proporzionalità nel nuovo delitto, laddove invece la contravvenzione punisce più gravemente l'inquinamento causato da sostanze pericolose.

Significativo l'omesso riferimento, nel delitto, all'esistenza di un progetto di bonifica approvato. Ciò consentirà di punire anche chi omette, ad esempio, di presentare il Piano della Caratterizzazione?

Non sembra sostenibile, considerato l'orientamento giurisprudenziale (anche se non univoco) secondo il quale l'obbligo di bonifica sorge solo in caso di superamento delle CSR da accertare previa Analisi di Rischio sito specifica. Il raggio d'azione della nuova norma repressiva è però ampliato: il delitto sarà contestato anche in caso di omesso ripristino e di omesso recupero dello stato dei luoghi.

Anche se sul piano tecnico-giuridico le differenze tra bonifica, ripristino e recupero non appaiono così evidenti, la ragione di questo inserimento va ricercata nel nuovo art. 452 decies c.p. (Ripristino dello stato dei luoghi) secondo il quale il giudice, in caso di condanna o di patteggiamento, ordina il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi, ponendone l'esecuzione a carico del condannato e delle persone giuridiche civilmente obbligate.

Il ripristino dovrà avvenire – ai sensi del comma 2 – applicando le disposizioni sul risarcimento del danno ambientale, in particolare quelle della Parte VI, titolo II. Ciò dimostra, una volta di più, come la bonifica altro non sia che il risarcimento in forma specifica del danno ambientale ma soprattutto rende urgente la necessità di un intervento di riscrittura e coordinamento della disciplina; basti considerare che l'allegato 3 alla Parte VI, richiamato espressamente dal Titolo II al quale la nuova norma rimanda per identificare le operazioni di ripristino, riproduce sinteticamente, quanto al terreno, lo stesso procedimento di bonifica di cui al Titolo V, Parte IV.

In altre parole, bonifica e ripristino finiscono per coincidere anche nel testo di legge a causa di un mancato coordinamento che si protrae dal 2006. Rispetto alla contravvenzione, il delitto elimina il riferimento all'aver cagionato la contaminazione e considera obbligato alla bonifica non solo chi è tenuto ad eseguirla per legge (l'autore della contaminazione), ma anche colui che ha ricevuto l'ordine dalla pubblica autorità o dal giudice. Questa differenza è destinata ad incidere significativamente, se consideriamo che il giudice amministrativo ha ritenuto, in più occasioni, legittimo un ordine di bonifica impartito sulla base di mere presunzioni, secondo la regola del "più probabile che non".

Tali presunzioni potrebbero, dunque, essere poste alla base di una sentenza penale di condanna che accerti l'esistenza di un ordine della P.A.,

definitivo o non annullato, impartito – come detto – anche sulla base di mere presunzioni. Tenendo a mente che nel processo penale la colpevolezza va accertata “oltre ogni ragionevole dubbio”, la novità non può lasciare indifferenti.

Rendere possibile una condanna penale per la mancata esecuzione di un ordine di bonifica il cui presupposto essenziale è dimostrato attraverso una prova priva dei requisiti richiesti per la prova penale pone un serio dubbio di legittimità costituzionale del nuovo reato di omessa bonifica.

Ma non solo. Anche dal processo civile potrebbero derivare gravi interferenze. Pensiamo, infatti, al venditore di un sito contaminato che, sebbene incolpevole rispetto all'origine dell'inquinamento, è comunque gravato da una responsabilità contrattuale. Egli potrebbe essere condannato a risarcire in forma specifica il danno subito dall'acquirente; egli potrebbe, in altre parole, essere condannato, in sede civile, a bonificare. Avremmo, dunque, una bonifica per ordine del giudice e, in caso di omissione, l'integrazione della fattispecie penale. Difficile accettare che la vendita di un bene difettoso possa comportare fino a quattro anni di reclusione.

Un altro aspetto critico è la retroattività posto che, come è noto, la giurisprudenza ha sostenuto l'applicabilità della disciplina sulle bonifiche anche a fatti storici. Senza affrontare ora il tema, si osserva che sarebbe stato più coerente con il sistema della responsabilità in generale, identificare l'obbligo di bonifica quale forma di risarcimento del danno ambientale applicabile anche alle contaminazioni storiche (alle condizioni di cui alla Parte VI) e una sanzione penale ancorata, però, principalmente alla condotta commissiva di chi ha cagionato l'inquinamento. Infine, l'esecuzione della bonifica continuerà ad integrare una condizione di non punibilità, ma solo per le contravvenzioni ambientali che hanno provocato l'inquinamento, non per i delitti previsti dal d.lg. n. 152/2006 e dalle nuove norme del codice penale e ciò in forza della modifica introdotta al quarto comma dell'art. 257 (dove “contravvenzioni” ha sostituito “reati”). In relazione ai delitti, gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e, ove possibile, di ripristino integrano invece il ravvedimento operoso (un'altra novità prevista dall'art. 452-decies c.p.) che consente di ridurre le pene dalla metà fino a due terzi.

Le difficoltà applicative di questo strumento incentivante sono evidenti: basterà la messa in sicurezza o si dovrà attendere la bonifica? E se la bonifica - come è normale - durasse di più, molto di più del processo penale? Si attenderà il suo completamento prima di pronunciare la condanna?

Vedremo come la giurisprudenza, non solo penale, saprà dare coerenza e congruità a questo nuovo sistema sanzionatorio.

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

Sequestro per equivalente e confisca

La decisione

Confisca – Comminatoria della confisca nei confronti dell'ente dichiarato responsabile dell'illecito - Definizione del profitto – Richiamo a criteri aziendalistici per la definizione dell'utile netto derivante dalla condotta delittuosa – Esclusione (D.lg. n. 231 del 2001, art. 19)

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto della confisca di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 231 del 2001 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, senza potersi fare riferimento a parametri valutativi di tipo aziendalistico - quali ad esempio quelli del "profitto lordo" e del "profitto netto" -, scomputando dal provento del reato i costi sostenuti per la commissione dell'illecito (1).

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE TERZA – 14 APRILE 2015 (C.C. 11 NOVEMBRE 2014), N. 15249 – FIALE, PRESIDENTE – ACETO, ESTENSORE – MAZZOTTA, P.M. (CONF.) – F.A. ZOO MANGIMI S.R.L.

(1) 1. La decisione in commento ribadisce – con alcune opportune puntualizzazioni - i principi fissati dalle Sezioni Unite con riferimento all'individuazione del profitto da sottoporre a confisca, quando il delitto abbia sia stato commesso nell'ambito di un'attività d'impresa.

2. La decisione cui si fa riferimento è Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa. Per approfondimenti PISTORELLI, Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, in questa Rivista, 4-2008, 123; ROSSETTI, Commento a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.a. ed altri, in Resp. Amm. Soc. Enti, 2008, 1287; EPIDENDIO, a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.a. ed altri, in Dir. Pen. Proc., 2008, 1267; MONGILLO, La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca

d'identità: luci ed ombre, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008, 1738; LOTTINI, Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, in Soc., 2009, 351.

Fra i lavori presenti in Riv. Resp. Soc. Enti, cfr. BASSI, La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, d.lgs. 231/2001: commento alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2011, n. 3311, 3-2012, 169; MONTESANO, La definizione del profitto ai fini della confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001, 2-2008, 171; PISTORELLI, Il profitto oggetto di confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, 4-2008, 123; SANTORIELLO, Giurisprudenza commentata: la nozione di profitto del reato nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione ed i suoi riflessi in tema di confisca, 2-2008, 129; ID., La nozione di profitto confiscabile e la sorte dei beni immateriali, 4-2009, 131; STICCHI, Strumenti di contrasto alla criminalità d'impresa e nozione di profitto confiscabile. Le indicazioni delle Sezioni Unite nel caso Impregilo, 4-2008, 101.

3. Si ricorda che secondo la citata sentenza delle Sezioni Unite per l'individuazione del profitto occorre distinguere fra i casi in cui l'attività svolta dall'ente sia tout court illecita dall'ipotesi in cui la persona giuridica conduca la sua attività secondo modalità assolutamente lecite, ma occasionalmente realizzi una condotta integrante un reato.

Nel primo caso, che è quello oggetto della presente decisione, non è in alcun modo pensabile che per definire quanto l'ente ha ricavato dal reato debbano scomputarsi i costi sostenuti dalla società per la realizzazione dell'illecito. In tali ipotesi, secondo la Cassazione, la persona giuridica non ha diritto a trattenere nel suo patrimonio nulla di quanto ottenuto a mezzo della condotta delittuosa, per cui va sottoposto a sequestro preventivo e poi a confisca ogni utilità proveniente dal delitto, essendo irrilevante che per ottenere le stesse qualche costo sia stato sostenuto.

Misure cautelari

La decisione

Misure cautelari – Misura interdittiva – Nozione di profitto di rilevante entità (D.lg. n. 231 del 2001, artt. 16, 45)

Misure cautelari – Misura interdittiva – Revoca della misura cautelare – Mancanza sopravvenuta delle condizioni per l'applicazione della misura – Rilevanza (D.lg. n. 231 del 2001, artt. 17, 45, 50)

Misure cautelari – Misura interdittiva – Sospensione della misura cautelare – Richiesta di adempimento delle condizioni di cui all'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 - Versamento della cauzione a garanzia - Mancanza sopravvenuta delle condizioni per l'applicazione della misura – Valutazione circa l'avvenuto adempimento degli obblighi di cui all'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 – Necessità – Decisione sulla sorte della cauzione – Necessità (D.lg. n. 231 del 2001, artt. 17, 45, 49)

Per l'adozione di una misura cautelare interdittiva nei confronti dell'ente, la nozione di profitto di rilevante entità ha un contenuto più ampio di quello di profitto inteso come utile netto, in quanto nel primo concetto rientrano anche i vantaggi non immediati, comunque perseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito e dunque l'identificazione di un profitto di rilevante entità non discende automaticamente dalla considerazione del valore del contratto o del fatturato ottenuto a seguito del reato, sebbene tali importi ne siano, ove rilevanti, un importante indizio (1).

La revoca di una misura cautelare interdittiva può essere disposta non solo laddove l'ente realizzi le misure indicate nell'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 – ovvero ripari il danno ed elimini le conseguenze del reato, metta il profitto a disposizione ed elimini le carenze organizzative che hanno consentito la realizzazione dell'illecito – ma anche laddove risultino, per ragioni sopravvenute, mancanti le condizioni per l'applicazione della misura cautelare (2)

Laddove l'esecuzione di una misura cautelare interdittiva venga sospesa per consentire all'ente di realizzare le misure indicate nell'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 – ovvero riparazione del danno ed eliminazione le conseguenze del reato, messa a disposizione del profitto del reato ed eliminazione delle carenze organizzative che hanno consentito la

realizzazione dell'illecito –, il giudice deve valutare circa l'avvenuta esecuzione di tali adempimenti anche se ritenga che la misura debba essere revocata perché sono venute a mancare le condizioni per la sua applicazione ed in sede di tale valutazione deve anche decidere della sorte della cauzione ovvero se essa vada incamerata dall'Erario o restituita all'ente (3)

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE SESTA – 5 MAGGIO 2015 (C.C. 18 NOVEMBRE 2014), N. 18634 – CONTI, PRESIDENTE – LEO, ESTENSORE – POLICASTRO, P.M. (CONF.) – ROSI LEOPOLDO S.P.A.

(1) 1. La massima non presenta profili di novità.

Da tempo infatti la giurisprudenza insiste sulla circostanza che la nozione di profitto da assumere al fine dell'adozione della misura cautelare interdittiva è ben diversa da quella di utile netto, inteso quale differenza fra i ricavi maturati a mezzo della condotta delittuosa ed i costi sostenuti per lo svolgimento di tale condotta, dovendosi ricomprendere nel profitto del reato tutti i vantaggi in qualche modo riconnessi al comportamento penalmente rilevante (cfr., la decisione riportata in precedenza e la giurisprudenza ivi citata).

Peraltro, la Cassazione ha affermato anche che “la rilevante entità del profitto può essere legittimamente dedotta dalla natura e dal volume dell'attività di impresa, non occorrendo che i singoli introiti che l'ente ha conseguito dall'attività illecita posta in essere siano specificamente individuati, né che se ne conoscano gli importi liquidati. Può pertanto essere ritenuto di rilevante entità il profitto della società per il fatto della sua partecipazione a numerose gare con assegnazione di appalti pubblici avuto riguardo alle caratteristiche e alle dimensioni dell'azienda” (Cass., sez. VI, 7 dicembre 2005, Piccolo, inedita).

(2) 2. Si ricorda che le condizioni di applicabilità delle misure interdittive sono indicate nell'art. 45, comma 1, d.lg. n. 231 del 2001 giusto il quale per l'assunzione di tali provvedimenti occorre, da un lato, la sussistenza di gravi indizi in ordine alla responsabilità dell'ente e dall'altro la ricorrenza di “fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede”: sono dunque, i medesimi requisiti richiesti per l'applicazione di misure cautelari nei confronti della persona fisica – salvo il fatto che viene presa in considerazione la sola esigenza di cui alla lett. c) dell'art. art. 274 c.p.p..

Per definire il requisito della sussistenza del *fumus boni iuris*, occorre non solo verificare la presenza di gravi indizi circa la commissione del reato – secondo l'interpretazione in proposito fornita dalla giurisprudenza in sede di applicazione del disposto dell'art. 273 c.p.p. -, ma anche a) se il reato che si suppone commesso sia compreso nel novero degli illeciti in relazione ai quali è prevista la responsabilità delle società; b) se la persona fisica che ne deve rispondere rientri fra i soggetti posti in posizione apicale nell'ambito dell'ente ovvero il responsabile sia sottoposto, all'interno dell'organizzazione societaria, all'altrui direzione e la commissione del reato sia stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; c) se la condotta delittuosa sia stata tenuta nell'interesse o per un vantaggio della società. In questi termini si è espressa anche la giurisprudenza, secondo cui "la valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi deve essere riferita alla fattispecie complessa che integra l'illecito stesso. Pertanto l'ambito di valutazione del giudice deve comprendere non soltanto il fatto reato, cioè il primo presupposto dell'illecito amministrativo, ma estendersi ad accertare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio derivante all'ente e il ruolo ricoperto dai soggetti indicati dall'art. 5 comma primo lett. a) e b) D.Lgs. n. 231, verificando se tali soggetti abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi; inoltre, è necessario accertare la sussistenza delle condizioni indicate nell'art. 13 D.Lgs. n. 231, che subordina l'applicabilità delle sanzioni interdittive alla circostanza che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ovvero, in alternativa, che l'ente abbia reiterato nel tempo gli illeciti; infine, anche nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione individuati negli artt. 6 e 7 D.Lgs. cit., l'uno riferito ai soggetti in posizione apicale, l'altro ai dipendenti, modelli che presuppongono un differente onere probatorio a carico dell'accusa" (Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, La Fiorita Soc. Coo a r.l., Mass. Uff., 235637).

3. L'art. 50 d.lgs. n. 231 disciplina la materia della revoca, sostituzione e modifica delle modalità esecutive delle misure cautelari interdittive e la finalità di tale previsione è quella di garantire, dopo l'adozione del provvedimento cautelare, la verifica ed il controllo circa la persistenza dei presupposti che ne hanno in precedenza legittimato l'adozione.

Di conseguenza, la revoca della misura va disposta - anche d'ufficio, ferma restando la facoltà delle parti di sollecitarne l'intervento - laddove risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità della misura in corso di esecuzione.

(3) 4. L'esecuzione della misura interdittiva può essere sospesa, ex art. 49, comma 1, d.lgs. n. 231 se l'ente chiede di realizzare quegli adempimenti – sostanzialmente di natura risarcitoria, riparatoria ed organizzativa – cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'art. 17. L'ente deve in sostanza richiedere di poter a) risarcire integralmente il danno ed eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato; b) eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il verificarsi del reato ed operare l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Una volta avanzata la suddetta istanza, il giudice, sentito il pubblico ministero, se ritiene di accoglierla, dispone la sospensione della misura, indica il termine per la realizzazione delle predette condotte riparatorie e determina una somma di denaro a titolo di cauzione. Qualora nel termine fissato – e sempre che l'inadempimento non sia dovuto a causa sopravvenuta non imputabile alla persona giuridica - l'ente non realizza, in tutto o in parte, o le realizza in modo inefficace, le condotte riparatorie, la misura cautelare viene ripristinata e la somma oggetto di cauzione devoluta alla Cassa delle ammende; allorché, invece, si siano realizzate le condizioni cui era subordinata la sospensione della misura cautelare, il giudice, anche d'ufficio, revoca la misura cautelare ed ordina la restituzione della somma depositata.

Il significato della massima in epigrafe è che il giudice che ha disposto la sospensione della misura cautelare ed il versamento della cauzione deve valutare l'avvenuta realizzazione degli adempimenti di cui all'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 – e quindi decidere se restituire o meno la cauzione – anche laddove la misura cautelare venga nel frattempo revocata per ragioni diverse dall'esecuzione dei predetti adempimenti – ad esempio perché è decorso il termine massimo di esecuzione della misura cautelare. Ciò significa dunque che è ben possibile che il giudice revochi per una qualche ragione la misura cautelare ma riscontri che la società non ha posto in essere gli adempimenti previsti dall'art. 17 d.lg. n. 231 del 2001 e quindi disponga la devoluzione della cauzione alla cassa per l'ammende.

Prescrizione dell'illecito dell'ente

La decisione

Prescrizione – Interruzione della prescrizione – Contestazione dell'illecito amministrativo all'ente – Emissione del decreto di citazione – Insufficienza – Regolare notifica del decreto di citazione all'ente - Necessità (D.lg. n. 231 del 2001, art. 22)

La decorrenza del termine di prescrizione relativamente all'illecito amministrativo dell'ente è interrotta non in caso di mera emissione del decreto di citazione ma solo quando lo stesso è notificato alla persona giuridica interessata (1).

CASSAZIONE PENALE – SEZIONE SESTA – 30 APRILE 2015 (C.C. 13 FEBBRAIO 2014), N. 18257 – AGRO', PRESIDENTE – DI STEFANO, ESTENSORE – CANAVELLI, P.M. (PARZ. DIFF..) – BUONAMICO

(1) 1. Ai sensi dell'art. 22 d.lg. n. 231 del 2001 l'illecito dell'ente si prescrive entro cinque anni dalla data di commissione del reato, salva l'interruzione del termine, la quale si verifica in caso di contestazione dell'illecito alla persona giuridica. Analoga disciplina è presente nell'ambito del procedimento nei confronti delle persone fisiche, con una differenza significativa. Nel giudizio contro il singolo, infatti, le sezioni unite hanno sancito che l'interruzione della prescrizione opera nel momento in cui il pubblico ministero esercita l'azione penale con il deposito nella sua segreteria del decreto di citazione a giudizio o con il deposito della richiesta di rinvio a giudizio; di contro, nell'ambito del processo contro gli enti è discusso se sia sufficiente tale adempimento ovvero se per l'interruzione della prescrizione sia altresì necessario che l'atto di esercizio dell'azione penale sia notificato alla persona giuridica coinvolta.

2. Nella sentenza in epigrafe, si afferma che l'atto di contestazione dell'illecito ha natura ricettizia e quindi produce efficacia solo una volta notificato alla società. A tale conclusione la decisione in commento approda evidenziando come la disciplina in tema di responsabilità amministrativa dell'ente abbia mutuato il regime della prescrizione dalla regolamentazione civilistica, introducendo un sistema di cause interruttive in termini del tutto equivalenti a quelli sanciti dall'art. 2945 c.c. e da tale parallelismo viene fatta derivare la natura ricettizia dell'atto interruttivo della prescrizione.

INFORMATICA FORENSE

di Giuseppe Vaciago e Matteo de Paolis, Avvocati in Milano

Il controllo a distanza dei lavoratori dipendenti: la recente giurisprudenza civile e penale e le recenti modifiche del “Jobs Act”.

Con una prima sentenza, la n. 3122 del 17.02.2015, la Sezione Lavoro della Cassazione Civile ha stabilito che non sempre l’art. 4 dello Statuto dei Lavoratori (divieto di controllo a distanza) appare applicabile a tutela dei lavoratori. Vi sono, infatti, situazioni non ricomprese nelle prescrizioni di tale norma, come ad esempio la necessità di tutela del patrimonio aziendale, che permettono di effettuare delle videoriprese ed utilizzare le prove raccolte in giudizio.

Il caso oggetto di esame della Corte riguarda il licenziamento di alcuni dipendenti di una raffineria, addetti al carico di autobotti, che con operazioni fraudolente alteravano il carico effettivo in concorso con gli autisti e sottraevano carburante. Durante il processo un lavoratore aveva eccepito che era stato prodotto un DVD contenente videoriprese effettuate in violazione della privacy dei lavoratori, in particolare dell’articolo 4, comma 2, dello Statuto dei Lavoratori richiamato dagli artt. 114 e 171 Codice Privacy (d.lgs.196/2003).

La Corte ha rigettato l’eccezione e richiamando precedenti orientamenti (Cass. Civ., Sez. Lavoro, Sentenza n. 2722 del 23.02.2012; n. 16622 del 01.10.2012; n. 2117 del 28.01.2011; n. 4746 del 03.04.2002) ha precisato che le garanzie procedurali imposte dallo Statuto dei Lavoratori e dal Codice Privacy riguardano l’esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non, invece, la tutela di beni estranei al rapporto stesso.

Con una seconda e precedente sentenza, la n. 1630 del 26.2.2014 avente riguardo, invece, alle possibili ipotesi di reato discendenti dal mancato rispetto del divieto di cui all’art. 4, L. 300/70 da parte del datore di lavoro, la Corte di Appello di Milano, Sez. V, affronta un tema mai esplorato da parte della giurisprudenza penale, e cioè se la condotta del datore di lavoro che installi, all’insaputa dei lavoratori e senza il previo concerto con le

rappresentanze sindacali, strumenti atti a video-riprendere l'attività dei lavoratori, integri la fattispecie di delitto di Interferenze illecite nella vita privata di cui all'art. 615 bis c.p., piuttosto che – come ritenuto dal Giudice di prime cure – la meno grave ipotesi di reato contravvenzionale di Utilizzo di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 38, L. 300/70 e artt. 114 e 171, d.lgs. 196/2003.

Il caso oggetto della Corte meneghina era rappresentato da tre diversi casi di controllo di dipendenti, perpetrati per il tramite della medesima ditta specializzata: (i) il presidente di una società che fa installare abusivamente, all'interno dell'ufficio dell'amministratore delegato, un miniregistratore con annessa microtelecamera e microfono; (ii) il titolare di uno studio dentistico che (al fine di verificare se i propri dipendenti percepissero pagamenti in contanti direttamente dai clienti) chiede l'installazione di ben undici telecamere nascoste, gestite dal proprio personal computer; (iii) il titolare di una terza società che intende controllare l'amministratore delegato attraverso l'installazione di microspie e la registrazione delle conversazioni.

I motivi che avevano indotto il Giudice di prime cure a ravvisare nei fatti descritti la violazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori erano i seguenti: 1) l'attività di controllo era avvenuta in ambito lavorativo (si tratterebbe, dunque, di luoghi tutelati dall'art. 4 stesso); 2) sussisteva un rapporto di dipendenza tra autore della condotta e vittima; 3) il datore di lavoro sarebbe stato mosso dalla finalità di "controllare l'esercizio dell'attività lavorativa" svolta dal dipendente (dolo specifico che sorreggerebbe la condotta prevista dalla norma speciale di cui allo Statuto dei Lavoratori). In definitiva, secondo la sentenza di primo grado, l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori deve essere considerato norma speciale per specificazione rispetto all'art. 615 bis c.p., prestando tutela contro le attività di spionaggio perpetrate dal datore di lavoro nei confronti dei dipendenti, al fine di controllarne l'attività professionale.

Secondo i Giudici d'appello, però, in tutte le ipotesi descritte doveva trovare applicazione proprio l'art. 615 bis c.p. A sostegno di tale soluzione, innanzitutto la considerazione che il luogo di lavoro rientra pacificamente nella nozione di "domicilio" di cui all'art. 614 c.p., cui rinvia l'art. 615 bis c.p. Inoltre, per i Giudici di seconda istanza l'art. 4 Statuto dei Lavoratori troverebbe tutela contro particolari modalità di aggressione integrate da controlli a distanza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, ove posti in

essere in assenza di accordo con i sindacati. L'art. 4, viceversa, non sarebbe volto, come nei casi oggetto del procedimento in questione, al “controllo del singolo lavoratore”. I Giudici di seconda istanza utilizzano un chiaro esempio al fine di esplicitare il proprio pensiero: una telecamera installata sopra una catena di montaggio, alla quale è addetto un numero imprecisato di lavoratori, ove non autorizzata, integrerà la violazione dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, mentre la medesima telecamera, installata nell'ufficio di un impiegato, che possa chiuderne a chiave la porta, integrerà il reato di cui all'art. 615 bis, c.p.

Ulteriore elemento di differenziazione tra le norme in questione sarebbe rappresentato dall'elemento soggettivo: costituito nel primo caso dalla volontà di bypassare i controlli delle rappresentanze sindacali pur di controllare la corretta esecuzione del lavoro, nel secondo dalla volontà (o accettazione del rischio) di procurarsi notizie o immagini relative alla vita privata del soggetto.

Nuovi scenari giurisprudenziali, tuttavia, potrebbero derivare dalle disposizioni contenute nel c.d. Jobs Act (L. 183/2014), di recentissima emanazione. Invero, le norme ancora a oggi contenute nell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori e, soprattutto, la quarantennale giurisprudenza formatasi sul punto sarebbero, soprattutto secondo le rappresentanze dei datori di lavoro, un ostacolo allo sviluppo del mercato del lavoro. Ciò, in particolare, poiché quell'impianto normativo farebbe riferimento a un contesto tecnologico e di organizzazione produttiva oggi ampiamente superato.

Così, il comma 7 dell'articolo 1 del c.d. Jobs Act (L. 183/2014) ha conferito al Governo la delega ad adottare, entro il prossimo mese di giugno 2015, uno o più decreti legislativi “in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali”. Tra i criteri direttivi della legislazione delegata è previsto che il Governo adotti norme delegate tese alla “...f) revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore”.

La nuova disciplina governativa – il termine per l'emanazione della quale sta per scadere – dovrebbe tenere conto anche dei principi stabiliti dalla recentissima raccomandazione del Consiglio d'Europa del 1° aprile 2015 in

tema di trattamento dei dati personali in ambito lavorativo, con la quale il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha rilevato che l'utilizzo delle tecnologie informatiche deve essere guidato da regole volte a minimizzare il rischio di violazione dei diritti e delle libertà fondamentali dei lavoratori anche con riguardo alla privacy. La Raccomandazione promuove l'adozione di policy aziendali sulla materia e prevede che i lavoratori siano periodicamente informati circa i dispositivi tecnici utilizzati dal datore di lavoro e le finalità del trattamento, la conservazione dei dati e l'archiviazione delle mail professionali.

Attualmente, l'ipotesi su cui sta lavorando il governo italiano sembra essere quella di aggiornare l'articolo 4 dello Statuto dei Lavoratori, distinguendo i controlli sugli impianti da quelli sugli strumenti di lavoro: i controlli sui primi, finalizzati alla vigilanza sulla prestazioni di lavoro, sarebbero vietati tranne nel caso in cui, con un'autorizzazione sindacale o amministrativa, le telecamere servano per garantire la sicurezza. In tal modo, a detta di molti, si "sdoganerebbero" del tutto i controlli sugli strumenti di lavoro, per i quali non sarebbero più richieste autorizzazioni di sorta.

Oltre all'emanazione delle nuove norme a tutela della riservatezza dei lavoratori, dovremo quindi attendere l'ulteriore evoluzione giurisprudenziale per comprendere fino a che punto le modifiche da apportare alla disciplina delle modalità di controllo dei lavoratori faranno propendere, in caso di illecito, verso l'applicazione del reato contravvenzionale disposto per la violazione dell'art. 4, L. 300/70 oppure per la scelta di riportare le esigenze di tutela in ambito codicistico, con l'applicazione della norma di cui all'art. 615 bis, c.p. al fine di reprimere il diverso delitto di Interferenze illecite nella vita privata.

Tali modifiche hanno sicuramente un impatto nell'ambito di applicazione del D.lgs. 231/01, in quanto i modelli di organizzazione gestione spesso prevedono forme di controllo dei lavoratori al fine di prevenire la commissione dei reati presupposto con particolare riferimento agli illeciti che possono essere commessi attraverso l'utilizzo di strumenti informatici.

NORME E ATTI (1)

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

Approvata la nuova legge anticorruzione: torna il falso in bilancio, prescrizione “assente ingiustificato”.

797 giorni per un sì. Questo il tempo trascorso per giungere all'approvazione, in via definitiva, della proposta di legge “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazione di tipo mafioso e di falso in bilancio”. Il provvedimento - molto cambiato rispetto a quello presentato nella sua primigenia formulazione dall'allora Presidente Pietro Grasso – si compone di 12 articoli, suddivisibili in due parti. Una prima, che racchiude gli articoli da 1 a 8, riguarda i reati contro la pubblica amministrazione; una seconda, che include gli articoli da 9 a 12, ha per oggetto i delitti di false comunicazioni sociali.

Da condividere la reintroduzione del falso in bilancio, la restituzione del prezzo o del profitto del reato così come l'aumento della pena per il reato di associazione mafiose; tuttavia è necessario procedere con urgenza alla revisione della prescrizione in modo da dare effettività a quanto fatto finora. In relazione alle novità apportate al novero dei reati contro la Pubblica Amministrazione, passano da 3 e 5 anni i limiti di durata minima e massima dell'incapacità di contrarre contro la Pubblica Amministrazione e si disciplinano i casi nei quali la condanna consegue all'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, per prevedere che tale pena accessoria nei confronti del dipendente di pubbliche amministrazioni consegue alla condanna alla reclusione non inferiore ai 2 anni per i delitti di peculato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere utilità, ovvero corruzione di persona incaricata di pubblico servizio. Inoltre, aumenta il tempo minimo e massimo di durata della sospensione dall'esercizio di una professione, aumenta l'entità delle pene previste dal codice penale per una serie di reati del pubblico ufficiale contro la Pubblica Amministrazione e, infine, s'introduce una nuova circostanza attenuante che consente una diminuzione della pena da un terzo a due terzi per colui che, responsabile di specifici delitti contro la P.A., si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa venga

portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

Altra novità rilevante è la subordinazione dell'accesso alla sospensione condizionale della pena per un catalogo di reati contro la Pubblica Amministrazione al pagamento – a titolo di riparazione pecuniaria – di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito, fermo restando il diritto all'eventuale risarcimento del danno. Al contempo l'articolo 6 condiziona l'accesso al rito speciale del patteggiamento – in riferimento al procedimento per i delitti dei Pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione – alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

La nuova legge amplia altresì l'ambito soggettivo del reato di concussione, ricomprendendovi anche l'incaricato di pubblico servizio, tornando così alla formulazione precedente alla legge n. 190 del 2012.

L'articolo 4 della nuova legge – rubricato "introduzione dell'articolo 322 quater del codice penale, in materia di riparazione pecuniaria" – inserisce nel codice penale l'articolo 322 quater il quale stabilisce che, con la sentenza di condanna per un delitto contro la Pubblica Amministrazione, venga sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal Pubblico ufficiale – o dall'incaricato di un Pubblico servizio – a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione di appartenenza, ovvero, in caso di corruzione in atti giudiziari, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

La nuova disposizione introduce poi un aumento generalizzato delle pene per il reato di associazione mafiosa e pone in capo al Pubblico Ministero che esercita l'azione penale per reati contro la Pubblica Amministrazione obblighi informativi nei confronti del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Il Capo II della Legge – intitolato "Disposizioni penali in materia di società e consorzi" – costituisce con ogni probabilità la parte più innovativa della stessa, in quanto è dedicata alla riforma della disciplina del falso in bilancio. La maggiore novità è che il falso in bilancio torna ad essere un delitto per tutte le imprese, non solo per quelle quotate in borsa; la reclusione, per le società quotate, va da 3 a 8 anni, mentre per le aziende non quotate va da 1 a 5 anni. Il provvedimento in esame prevede al contempo pene ridotte

per il reato di cui all'articolo 2621 del Codice Civile: se i fatti sono di lieve entità la pena va da un minimo di 6 mesi a un massimo di 3 anni. La lieve entità viene valutata dal giudice, in base alla natura e alla dimensione della società e alla modalità o gli effetti della condotta dolosa. La medesima pena ridotta trova applicazione nel caso in cui il falso in bilancio riguardi le società che non possono fallire; in tale ipotesi, il reato è perseguibile solo a querela di parte.

Vengono altresì inasprite le sanzioni pecuniarie previste dall'articolo 25 ter del D.lgs. n. 231/2001 a carico delle società per il falso in bilancio di cui all'articolo 2621 del Codice Civile (da 200 a 400 quote, invece delle 100 a 150 attuali); per il falso in bilancio di lieve entità le sanzioni pecuniarie sono, invece, stabilite tra 100 e 200 quote.

In riferimento invece alla disciplina del falso in bilancio nelle società quotate, il provvedimento modifica l'articolo 2622 del Codice Civile. Le più rilevanti novità concernono la circostanza che il falso in bilancio diventa reato di pericolo anziché di danno, la procedibilità è d'ufficio e, al pari delle società non quotate, scompaiono le soglie di non punibilità.

Infine, anche per il falso in bilancio delle società quotate sono incrementate le sanzioni pecuniarie previste dal citato D.lgs. n. 231/2001 che passano da 400 a 600 quote (a differenza delle attuali 150 – 330).

Questa l'attuale quadro delineato dalla Legge anticorruzione, la quale non può che essere salutata con favore. Ma ora tocca alla prescrizione, vero "punctum dolens" del nostro ordinamento penale. Non farlo renderebbero vano l'importante – e per troppo tempo atteso - traguardo raggiunto.

NORME E ATTI (2)

di **Sandro Bartolomucci, avvocato, partner di LS Lexjus-Sinacta**

Criteri applicativi del “pacchetto anticorruzione” da parte delle società a partecipazione pubblica.

Lo stato dell’arte e le prospettive auspicabili

Si è chiusa il 15 aprile u.s. la fase di consultazione pubblica delle Linee Guida ANAC e del Decalogo del MEF (cfr. precedenti numeri della Circolare 231) in merito all’attuazione della normativa di prevenzione della corruzione e di trasparenza da parte – tra gli altri - delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni.

Tali (bozze di) deliberazioni costituiscono l’ultima manifestazione dell’approccio inclusivo operato dall’ANAC rispetto ai destinatari delle norme di cui al c.d. “Pacchetto Anticorruzione”.

Da un punto di vista sistematico, rispetto agli enti privati in controllo pubblico, va rilevato l’abbandono dell’impianto originario della l. n. 190/2012: dapprima il Piano Nazionale Anticorruzione del settembre 2013 ne ha esteso l’applicazione anche alle società strumentali; poi, il novellato art. 11, d.lgs n. 33/2013 (ex art. 24 bis, l. n. 114/2014) ha sancito l’obbligatoria applicazione delle regole di “trasparenza amministrativa “ (non più solo quelle “dedicate” di cui ai commi 15/33 della l. 190) ad eterogenei organismi non più individuati in base alla natura giuridica soggettiva, quanto ad un criterio funzionale (es. società gestori di servizi pubblici).

Allargamento frutto della “clonazione” nel d.lgs. n. 33 dell’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 39/2013 che aveva esteso il novero dei destinatari della disciplina sull’Inconferibilità/incandidabilità degli incarichi, ricomprendendovi: enti di diritto privato in controllo pubblico esercenti servizi a favore delle amministrazioni pubbliche; enti rispetto ai quali le amministrazioni pubbliche, ancorché prive di una partecipazione al capitale, siano titolari del potere di nomina del management; ancora, società ed enti da esse “regolati o finanziati”.

Ricordiamo, poi, che le amministrazioni pubbliche sono, altresì, tenute ad applicare “per quanto compatibili” gli obblighi di condotta di cui al d.p.r 16

aprile 2013 n. 62, Regolamento recante Codice di comportamento dei dipendenti pubblici ex art. 54, d.lgs. n. 165/2001 anche nei confronti delle società partecipate pubbliche eroganti servizi a loro favore.

A parte le perplessità per tale ampia inclusione soggettiva, operata dall'ANAC "ultra legem" stante il difetto di una sua potestà legislativa, sono evidenti i nodi esegetici e le non poche problematiche applicative che ne derivano.

Viene adottata la summa divisio tra società controllate pubbliche (ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2 c.c.) e società solo partecipate dalle amministrazioni pubbliche, assoggettando le prime all'obbligatoria applicazione in toto della legge 190 e del decreto attuativo n. 33/2013 e le seconde al recepimento delle misure Anticorruzione ex l. 190 "limitatamente alle attività di pubblico interesse esercitate", esentandole invece dall'applicazione del d.lgs. n. 33 cit., essendo tenute alle sole prescrizioni in materia di cui all'art. 1, commi 15/33, l. 190.

Ciò nondimeno, ad entrambe le tipologie di società "a colorazione pubblica" viene richiesta obbligatoriamente l'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001, derogando al principio normativo della sua facoltativa adozione.

Modello 231 che dovrà essere – secondo un diverso perimetro di adeguamento – integrato da apposite sezioni dedicate e funzionali alla prevenzione dei fenomeni di mala administration.

Operazione questa certamente ardua, imponendo il coordinamento e la sinergia tra impianti normativi contraddistinti da diversità di ratio, di paradigmi regolamentari e di caratteri teleologici.

Ciò risulta di tutta evidenza da una facile comparazione: dove il MOG va calibrato sui caratteri dell'ente empirico, il Piano Prevenzione Anticorruzione deve uniformarsi ai contenuti minimi stabiliti da ANAC; manca un catalogo dei reati-presupposto come per il d.lgs. 231, dovendosi rivolgere l'azione prevenzionale a fenomeni corruttivi anche privi di rilevanza penale; se il requisito oggettivo dell'interesse/vantaggio per l'ente è conditio sine qua non per la sua imputabilità ai sensi della 231, il fenomeno corruttivo produce sempre un pregiudizio economico in capo all'ente; rispetto alla responsabilità amministrativa personale dell'ente collettivo per l'illecito da reato è prospettata una responsabilità personale (dirigenziale, disciplinare ed erariale) del soggetto investito del ruolo di

R.P.C./R.T.I. in presenza di una violazioni della normativa anticorruzione e di trasparenza amministrativa. Ancora, se l'autonomia e l'indipendenza sono requisiti indispensabili per l'OdV è richiesta la qualifica dirigenziale del soggetto perché possa qualificarsi R.P.C. e, di norma, anche R.T.I..

Ce n'è abbastanza per auspicare da parte di ANAC una riflessione in sede di finalizzazione delle proprie Linee Guida - che sostituiranno integralmente il P.N.A. – idonea ad alleggerire le società con capitale in mano pubblica dall'indebita e gravosa applicazione di prescrizioni, vincoli, adempimenti e misure - tra cui quelle organizzative, come ad es. l'obbligatoria rotazione degli incarichi, che oltre ad apparire inconferenti, risultano lesive della concorrenza - presupponenti una natura soggettiva propriamente pubblica.

Una considerazione conclusiva. Per l'efficacia e l'effettività dell'azione di prevenzione e contrasto della deriva corruttiva nella P.A. il Legislatore non potrà esimersi dall'affrontarne, una volta per tutte, i veri fattori generatori nel variegato comparto delle società cc.dd. pubbliche.

Non certo la disfunzionalità strutturale ed operativa, la scarsa produttività, l'alta onerosità per la finanza pubblica, l'opacità contabile e bilancistica, l'alto tasso di corruzione, fattori questi che appaiono più effetti consequenziali, che veri fattori causali.

Ci riferiamo, invece, all'ibridazione del tipo societario mercé la coesistenza inconciliabile di tratti privatistici e pubblicistici e, per l'effetto, all'ipertrofico complesso normativo, incoerente e a-sistematico, frutto di seriali deroghe al diritto comune che prevedeva, all'uopo, i soli artt. 2449 e 2450 c.c..

Diritto comune che dovrebbe costituire la sola fonte regolamentare per enti aventi natura giuridica privatistica ed imprenditoriale, peraltro, ribadita proprio in termini di soggezione al d.lgs. n. 231/2001 dalle "storiche" pronunce della Cassazione Penale n. 28.699/2010 e n. 234/2011.

In tale direzione sembra muovere il d.d.l. sulla Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche (S 1577), nel testo approvato dall'Aula il 29 aprile u.s., che all'art. 13, comma 1, sub lett. a) prescrive tra i principi direttivi la: "distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento, nonché alla quotazione in borsa, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa".

PRIVACY

di Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano

Compliance privacy come elemento del sistema dei controlli 231

Spesso si afferma che il sistema organizzativo aziendale dovrebbe opportunamente muoversi in un'ottica di integrazione sinergica. Si parla anche di "compliance integrata", che valorizzi una sinergia tra la documentazione di vario tipo che l'ente è tenuto a predisporre in ragione delle varie normative da rispettare.

Nell'ambito dei protocolli di contrasto dei Modelli organizzativi, spesso, infatti, si richiamano procedure e regole che l'ente dovrebbe già avere adottato per il rispetto di specifiche normative.

Ad esempio, per il contrasto ai reati informatici, nelle più recenti Linee Guida Confindustria esplicitamente rileva come sia utile fare rimando al rispetto di leggi e regolamenti applicabili per la protezione e sicurezza di dati personali e sistemi informatici (Codice in materia di protezione dei dati personali – decreto n. 196 del 2003 - Provvedimenti del Garante Privacy, ecc.) e come la salvaguardia di dati e procedure in ambito informatico ai fini della 231 possa essere assicurata (anche) mediante l'adozione delle misure di sicurezza già previste dal decreto n. 196 del 2003. Sempre nelle Linee guida si legge che il sistema di controllo per la prevenzione dei reati di criminalità informatica dovrà basarsi, tra l'altro, sulla tracciabilità degli accessi e delle attività svolte sui sistemi informatici che supportano i processi esposti a rischio. A ben vedere, detta attività è riconducibile alle procedure di autorizzazione/abilitazione previste come misura di sicurezza dalla sopracitata normativa in materia di privacy nonché dal Provvedimento che il Garante per la protezione dei dati personali ha emesso nel 2008, avente ad oggetto gli amministratori di sistema; per quanto riguarda il settore bancario, può essere fatto uno specifico riferimento anche al Provvedimento che contiene prescrizioni in materia di circolazione delle informazioni in ambito bancario e di tracciabilità dei dati bancari.

Con specifico riferimento all'eventuale accesso ai sistemi informatici di una PA, sempre nel documento di Confindustria si evidenzia l'opportunità che il sistema dei controlli interno all'ente preveda:

- un adeguato riscontro delle password di abilitazione per l'accesso ai Sistemi Informativi della PA possedute, per ragioni di servizio, da determinati dipendenti appartenenti a specifiche funzioni/strutture aziendali;
- la puntuale verifica dell'osservanza, da parte dei dipendenti medesimi, di ulteriori misure di sicurezza adottate dalla società;
- il rispetto delle altre regole adottate per il rispetto della normativa sulla privacy.

In aggiunta, ovviamente, l'ambito di applicazione dell'articolo 24-bis del D.Lgs. n. 231/2001 in materia di reati informatici è tale da richiedere competenze tecniche ed esperienze specifiche ai fini dello svolgimento delle attività necessarie per la compliance al decreto 231: definizione delle possibili modalità di realizzazione dei reati, valutazione dei relativi rischi connessi alle carenze del sistema informatico, valutazione dell'efficacia dei presidi esistenti e definizione delle azioni correttive/integrative. Con riferimento alla predetta categoria di reati, Confindustria ritiene particolarmente consigliabile, al fine di un efficace controllo preventivo, un supporto all'Organismo di Vigilanza da parte di soggetti in possesso di conoscenze tecniche specifiche, quali le funzioni aziendali interne IT o i consulenti informatici esterni, di cui l'ente dovrebbe presumibilmente già essere dotato. Anche questa osservazione richiama concetti di sinergia e integrazione.

Confindustria mette in evidenza anche l'utilità del rispetto di framework e standard internazionalmente riconosciuti in tema di ICT Security Governance, Management & Compliance, che rappresentano un elemento qualificante ai fini della predisposizione di possibili presidi e dell'implementazione di un adeguato sistema di controllo ai fini 231. Riferimenti utili possono essere, tra gli altri:

- COBIT (Control Objectives for Information and related Technology);
- ISO 27001:2005 (norma internazionale che fornisce i requisiti per un sistema di gestione della sicurezza).

Esaminando la possibile attribuzione del ruolo di membro di Odv, Confindustria osserva come la decisione di assegnare il ruolo di Organismo di vigilanza alla funzione di Internal Auditing può essere consigliabile in quanto a tale funzione viene attribuito - oltre al compito di effettuare indagini di carattere ispettivo - anche quello di appurare l'esistenza e il buon funzionamento dei controlli idonei a evitare il rischio di infrazioni alle leggi in generale, tra cui, ad esempio, quelle sulla sicurezza, sulla protezione dell'ambiente ... e in materia di privacy.

SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI

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

Nel nuovo codice degli appalti pubblici si sarà anche un po' di 231

Il 26 febbraio 2014, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno approvato la nuova Direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, che abroga la Direttiva 2004/18/CE. Nella stessa data, hanno anche approvato la Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e la Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la Direttiva 2004/17/CE. Tutte e tre le Direttive prevedono l'obbligo, per gli Stati membri, di adeguare i loro ordinamenti in queste materie entro il 18 aprile 2016. Tenendo conto delle nuove normative Ue, è stato presentato al Parlamento italiano il d.d.l. n. 1678 contenente la delega al Governo per l'attuazione delle Direttive, nonché per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici. Il d.d.l. è attualmente all'esame, in sede referente, dell'8° Commissione del Senato Lavori pubblici.

Il d.d.l. contiene numerosi principi e criteri direttivi cui dovrà ispirarsi il nuovo codice degli appalti pubblici. Intanto, seguendo le normative delle tre direttive, la denominazione sarà: "Codice degli appalti pubblici e delle concessioni". Il nuovo Codice dovrà poi definire un quadro normativo in materia di appalti e concessioni che consenta di conseguire una significativa riduzione del complesso delle disposizioni in queste materie. Al fine di concorrere alla lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici, dovrà assicurare trasparenza e pubblicità delle procedure di gara. Prevedrà l'attribuzione di ampi poteri all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) in materia di appalti pubblici e concessioni, con funzioni di vigilanza, controllo, raccomandazione, intervento cautelare e sanzionatorio, adozione di atti di indirizzo (linee guida, bandi e contratti tipo). I suoi provvedimenti potranno comunque essere impugnati davanti ai competenti organi di giustizia amministrativa. Le stazioni appaltanti saranno sottoposte all'accertamento del possesso di effettive capacità tecnico- organizzative ed idoneità a gestire contratti complessi, con aggregazione delle committenze per gli

affidamenti di importo superiore a un milione di euro. Per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, dovrà preferirsi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, misurata sul miglior rapporto qualità/prezzo, anche al fine di garantire una più agevole individuazione ed esclusione delle offerte anomale. E' noto infatti come molti appalti pubblici falliscono avendo scelto, come forma di aggiudicazione, quella del prezzo più basso. La pubblicità e la trasparenza delle procedure riguarderanno anche gli appalti e le concessioni sotto soglia comunitaria¹ e gli appalti e le concessioni tra enti nei cosiddetti affidamenti in house.

La delega al Governo per l'emanazione del nuovo Codice degli appalti pubblici contiene anche indicazioni per la riproposizione di temi che non hanno avuto finora spazio nel nostro ordinamento. Rientra, certamente, tra queste la disposizione per cui il Codice dovrà anche prevedere forme di dibattito pubblico, sul modello del *débat public* francese, delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali aventi impatto sull'ambiente o sull'assetto del territorio. Il Governo Monti aveva già tentato l'introduzione dell'istituto nell'ottobre del 2012, attraverso un apposito disegno di legge, che peraltro restò senza seguito. Su questo punto, contemporaneamente alla predisposizione del nuovo Codice degli appalti pubblici, sono già state assunte iniziative parlamentari per l'attuazione dell'indicazione della delega. La proposta di legge presentata prevede che il *débat public* deve assicurare la "massima informazione dei cittadini e delle formazioni sociali sulle decisioni di interesse pubblico, promuovendo la più ampia partecipazione degli

¹ L'art. 4 della Direttiva 2014/24/UE recita. "Importi delle soglie - La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie seguenti: a) 5 186 000 EUR per gli appalti pubblici di lavori; b) 134 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III; c) 207 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III; d) 750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV.

interessati”. Inoltre, che esso si applichi obbligatoriamente alle opere strategiche di importo pari almeno a 100 milioni e con un bacino d’utenza non inferiore a 250mila abitanti.

In aggiunta ai suddetti indirizzi, il d.d.l. indica anche due punti che appaiono d’interesse specifico. Il primo riguarda il richiamo all’applicazione delle metodologie per l’analisi dell’impatto della regolamentazione (AIR). Si stabilisce che, nell’esercizio della delega e in via preliminare alla redazione dello schema di decreto legislativo, la Presidenza del Consiglio dei ministri coordini lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa con metodologie che seguano gli standard internazionali di partecipazione ai processi di regolazione e tenuto conto della disciplina interna dell’analisi dell’impatto della regolamentazione (AIR). C’è dunque, anche in questo caso, una sorta di *débat public* per valutare le ricadute che le nuove regole sugli appalti e le concessioni possano avere sul sistema economico produttivo. Infatti, benché già previsto nella legge 246/2005 (art. 14, co. 5) e ampiamente diffuso da tempo in altri Paesi, l’AIR ha avuto in Italia un Regolamento attuativo soltanto nel 2008, con il D.P.C.M. n. 170 dell’11 settembre 2008. E, nonostante esista ormai una sua disciplina, non si può dire che sia metodo particolarmente seguito nell’emanazione di atti normativi. Tant’è che questi sovente restano inapplicati o generano contenziosi proprio per mancanza della stima preventiva dell’incidenza (economica, organizzativa, operativa, ecc.) che possono avere sul funzionamento del sistema. Ben venga dunque l’ulteriore richiamo dell’AIR nell’ambito anche del nuovo codice degli appalti pubblici.

Il secondo punto è quello che chiama in causa anche il decreto 231. Si prevede che dovrà intervenire la “revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità e trasparenza, in ogni caso prevedendo la decadenza delle attestazioni in caso di procedure di concordato o di fallimento, anche introducendo misure di premialità connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione di contratti eseguiti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità”. Già di per sé l’applicazione delle norme del decreto 231 da parte dell’operatore economico – con adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo e istituzione dell’Organismo di vigilanza – potrebbe rientrare, di pieno diritto, tra i “criteri reputazionali

basati su parametri oggettivi e misurabili”. Non c’è dubbio, infatti, che l’osservanza delle norme del decreto 231 attribuisce un quid di qualificante all’operatore. Ma è soprattutto la direttiva di assicurare “gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità” che assume un valore assorbente della questione. Merita, infatti, ricordare che la delibera dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato del 14 novembre 2012 che approva il “Regolamento di attuazione dell’articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall’articolo 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62”, Regolamento modificato con provvedimento della stessa Autorità del 4 dicembre 2014, prevede tra i requisiti per l’attribuzione del rating di legalità, che l’impresa dichiari, tra l’altro, “che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna e non sono state adottate misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231” (art. 2, comma 2, lett. c, Reg.).

Sarebbe comunque auspicabile che, nell’ambito del nuovo codice degli appalti e delle concessioni, attraverso un intreccio già ravvisabile tra norme anticorruzione (l. 190/2012) e sulla trasparenza (d.lgs. 33/2013) comparisse qualche richiamo diretto alla disciplina del decreto 231.