

# Circolare(231)

approfondimenti, notizie e informazioni



*n. 2 – febbraio 2017*

PLENUM

rivista231.it

<b>1. AMBIENTE E SICUREZZA</b>	<b>3</b>
<i>di Marina Zalin</i>	
<b>2. ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE</b>	<b>5</b>
<i>di Ranieri Razzante</i>	
<b>3. GIURISPRUDENZA ANNOTATA</b>	<b>7</b>
<i>di Ciro Santoriello</i>	
<b>4. PRIVACY</b>	<b>11</b>
<i>di Patrizia Ghini</i>	
<b>5. PROFILI INTERNAZIONALI (1)</b>	<b>14</b>
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
<b>6. PROFILI INTERNAZIONALI (2)</b>	<b>16</b>
<i>di Giovanni Tartaglia Polcini e Paola Porcelli</i>	
<b>7. SOCIETÀ ED ENTI PUBBLICI</b>	<b>18</b>
<i>di Carlo Manacorda</i>	

## AMBIENTE E SICUREZZA

di Marina Zalin, Butti & Partners, Verona

### **Il sequestro preventivo in materia di reati contro l'ambiente: la Cassazione determina la nozione rilevante di "profitto"**

Con la recentissima pronuncia n. 655 del 10 gennaio 2017, la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sul tema del profitto derivante dai reati ambientali, oggetto di un precedente provvedimento di sequestro preventivo.

La Procura di Frosinone aveva chiesto e ottenuto dal G.I.P. l'emissione di un sequestro preventivo relativo al profitto derivante dai presunti reati di gestione illecita (art. 256 D.Lgs. 152/2006) e spedizione internazionale illecita (art. 259 D.Lgs. 152/2006) di rifiuti, oltre agli illeciti amministrativi correlati ai medesimi reati ai sensi del D.Lgs. 231/2001 per quanto concerne la posizione della società.

Il Tribunale del Riesame, su impugnazione della difesa, aveva annullato il decreto evidenziando che il profitto non era stato identificato in modo preciso, includendo al suo interno anche il lecito guadagno derivante dalla vendita di materiale non costituente rifiuto, ma c.d. materia prima secondaria (MPS).

La Procura proponeva così il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p., deducendo come il Tribunale del Riesame avesse erroneamente valutato l'insufficiente determinazione del profitto confiscabile.

La distinzione tra compenso per l'illecito smaltimento, deposito e traffico dei rifiuti e compenso per la vendita delle materie prime secondarie, parimenti contenenti materiali ferrosi, non poteva essere ragionevolmente eseguita proprio perché il discrimine tra rifiuti e MPS era molto labile.

Da ciò consegue, secondo il ricorso della Procura, che il compenso ottenuto dalla società debba essere valutato in modo unitario e integrale come profitto rilevante nei termini di una confiscabilità: in altre parole, unico sarebbe il vantaggio economico derivante da una unitaria attività criminosa. Questo in ragione del fatto che – in concreto – la corretta distinzione tra rifiuti e MPS è impossibile a causa della miscelazione dei materiali operata dagli indagati.

La Corte di Cassazione, chiamata ad annullare con rinvio la pronuncia con la quale aveva revocato il decreto di sequestro preventivo emesso dal G.I.P., rigetta tuttavia il ricorso della Procura e conferma l'impostazione del Tribunale del Riesame.

Il compendio istruttorio valutato dal Tribunale aveva già accertato che la movimentazione portuale della merce, diretta a Malta, era in massima parte rispondente a un contratto intercorrente tra le parti, con la conseguenza che la somma oggetto di confisca rappresenterebbe quasi integralmente un lecito compenso e non il profitto di una attività delittuosa.

Diversamente, si sarebbe dovuto identificare in questo flusso finanziario la quota-parte relativa alla cessione non tanto dei rottami di ferro qualificabili come MPS, bensì di veri e propri rifiuti ceduti in modo illecito in assenza di autorizzazione: solo questo compenso, ove identificato e identificabile, sarebbe potuto essere confiscato in quanto profitto illecito.

La Cassazione, chiarito tale profilo, mostra di aderire nuovamente all'orientamento delle Sezioni Unite che definiscono il profitto come *"beneficio aggiuntivo, di tipo patrimoniale, direttamente correlato al reato"*, precisando che esso possa trovare un ridimensionamento parziale qualora ci si inserisca in una attività almeno parzialmente di natura lecita.

Così opinando, è necessario distinguere il vantaggio economico derivante dall'illecito penale – cioè quello confiscabile – dagli introiti relativi alla corretta erogazione di prestazioni contrattualmente pattuite, sia pure nell'ambito di un rapporto "inquinato" (così Cass. Pen., Sez. Unite, n.26654 del 2.7.2008, rv. 239926).

Da ciò deriva una importante conseguenza, in tema di confisca.

Qualora non sia possibile determinare con precisione la quota-parte degli introiti avente origine delittuosa (come nel caso di specie), la Corte ritiene si debba *"trarne le dovute conseguenze in ordine all'inattuabilità della confisca, senza che possa da ciò desumersi che l'intero compenso (...) si configuri come profitto di reato"*.

Questo principio, continua la sentenza, vale a maggior ragione nei casi in cui la maggior parte del profitto conseguito dall'azienda abbia una natura lecita e giustificata.

Il ricorso è stato così rigettato e ha trovato piena applicazione la pronuncia del Tribunale del Riesame, che aveva già disposto la revoca del sequestro preventivo e la contestuale riconsegna delle somme agli aventi diritto.

## ANTIRICICLAGGIO E ANTICORRUZIONE

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

### Antiriciclaggio: evoluzione in vista per i compro oro

Fino al 23 dicembre dello scorso anno, il Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha posto in pubblica consultazione lo schema di decreto legislativo recante disposizioni specifiche per la regolamentazione dell'attività di compro oro.

Abrogando le precedenti direttive in materia di antiriciclaggio e allineando gli Stati membri ai più avanzati standard internazionali di settore, la direttiva n. 2015/849/UE - meglio nota come IV Direttiva Antiriciclaggio - ha inserito disposizioni finalizzate a ottimizzare l'utilizzo degli strumenti di lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo, costituendo, a partire dallo spirare del termine di recepimento, l'unico atto legislativo dell'Unione europea cui dovranno conformarsi gli Stati membri nel definire i propri ordinamenti interni.

L'articolo 2, paragrafo 7 della direttiva, sancisce che *“nel valutare il rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (...) gli Stati membri devono prestare particolare attenzione alle attività finanziarie considerate particolarmente suscettibili, per loro natura, di uso o abuso a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo”*.

Nello specifico, il succitato decreto attua la delega prevista dalla legge di delegazione europea 2015 per l'adozione di una disciplina organica di settore dell'attività di compro oro. In tal senso, vengono definiti gli obblighi posti a carico degli operatori compro oro al fine di garantire la piena tracciabilità delle compravendite e permuta di oggetti preziosi usati e la prevenzione dell'utilizzo del relativo mercato per finalità illegali, ivi compreso il riciclaggio di beni e risorse di provenienza illecita

Tanto premesso, la legge di delegazione europea 2015 ha previsto uno specifico criterio di delega per l'adozione di una disciplina organica di settore diretta a garantire il monitoraggio e il contrasto di attività criminali riconducibili all'attività di compravendite di oggetti in oro e di preziosi usati da parte degli operatori economici non riconducibili agli operatori professionali in oro.

Ciò detto, il decreto posto in consultazione detta disposizioni specifiche per la disciplina dell'attività di compro oro e la definizione degli obblighi cui gli operatori del comparto sono tenuti al fine di garantire la piena tracciabilità delle compravendite e permuta di oggetti preziosi usati e la prevenzione dell'utilizzo del relativo mercato per finalità illegali, ivi compreso il riciclaggio di beni e risorse di provenienza illecita.

In particolare, il decreto prevede l'istituzione del Registro nazionale degli operatori compro oro, gli obblighi di identificazione della clientela e la tracciabilità delle operazioni.

Gli operatori procederanno, in tal modo, prima dell'esecuzione dell'operazione, all'identificazione di ogni cliente, con le modalità di cui all'articolo 18, comma 1 lettera a) del decreto antiriciclaggio.

Le operazioni di importo pari o superiore a Euro 1.000 dovranno essere poi effettuate unicamente attraverso l'utilizzo di strumenti di pagamento, diversi dal contante, che garantiscano la tracciabilità dell'operazione medesima e la sua univoca riconducibilità al disponente.

In detti casi, l'utilizzo di tali strumenti sarà obbligatorio, indipendentemente dal fatto che l'acquisto o la vendita dell'oggetto prezioso usato siano effettuati con un'unica operazione o con più operazioni frazionate.

Al fine di assicurare la tracciabilità delle transazioni effettuate nell'esercizio della propria attività, gli operatori compro oro saranno altresì obbligati all'utilizzo di un conto corrente, bancario o postale, dedicato in via esclusiva alle transazioni finanziarie eseguite in occasione del compimento di operazioni di compro oro.

Altre novità concernono gli obblighi di conservazione e di segnalazione di operazioni sospette. Gli operatori compro oro saranno tenuti all'invio alla UIF delle segnalazioni di operazioni sospette, secondo le disposizioni di cui all'articolo 35 del decreto antiriciclaggio.

Infine, in consultazione anche le sanzioni concernenti l'inosservanza degli obblighi di comunicazione all'OAM, di identificazione, conservazione e segnalazione di operazioni sospette, nonché i criteri per la quantificazione delle sanzioni medesime.

## GIURISPRUDENZA ANNOTATA

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

**Corte cassazione**, sez. VI, 14 ottobre 2016 (dep. 10 gennaio 2017), n. 655; CONTI, Presidente, DI SALVO, Estensore; FODORANI P.M. (diff.); ELA S.r.l., imp.

**Responsabilità da reato degli enti collettivi – Confisca del profitto – Nozione di profitto - Individuazione del profitto con riferimento ad illeciti commessi nell'ambito di rapporti sinallagmatici** (D.Lgs. 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, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone (1)*

1. La decisione in epigrafe ribadisce quanto affermato dalla Suprema Corte nella decisione relativa al caso Impregilo (Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, in Mass. Uff., n. 239926) e giusto la quale il profitto che l'ente collettivo ha tratto dal reato - e che deve essere oggetto di confisca in caso di condanna della persona giuridica - è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato, al netto di quanto fisiologicamente acquisito per l'opera prestata nell'ambito del rapporto sinallagmatico (così anche Cass., sez. VI, 13 novembre 2008, n. 42300, in Mass. Uff., n. 241332).

2. Come è noto, fra le diverse sanzioni che possono essere applicate alle società in presenza di una loro riconosciuta responsabilità da reato vi è la confisca del profitto che l'ente collettivo ha ricavato dall'illecito.

Secondo la giurisprudenza, in termini generali il profitto del reato oggetto della confisca di cui all'art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001 si identifica con il

vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dall'illecito presupposto (Cass., sez. VI, 14 luglio 2015, n. 33226, in Mass. Uff., n.264941), ma il calcolo dell'effettivo ammontare di tale vantaggio dipende dalle fattispecie criminosa da cui origina la responsabilità della persona giuridica.

Infatti, a ben vedere, per una sola categoria di reati il profitto dell'illecito è parametrato in maniera integrale alle somme percepite dalla società quale conseguenza del crimine: tale equivalenza sussiste solo per i reati di truffa ai danni dello Stato e degli enti pubblici e illecita percezione di contributi di cui agli artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* c.p., illeciti in relazione ai quali si afferma che *“il profitto si concreta nella sovvenzione in sé, una volta percepita la quale si consuma il reato e si realizza il profitto che diviene oggetto della sanzione-confisca”*.

Completamente diversa è invece la definizione di profitto quando il reato di cui deve rispondere la società si colloca all'interno di un rapporto sinallagmatico (si pensi, ad esempio, a una fattispecie di corruzione per ottenere l'assegnazione di un appalto, situazione nella quale, a fronte del delitto commesso da soggetti facenti capo alla persona giuridica che in virtù della corruzione stipula il contratto con la pubblica amministrazione, la medesima società realizza alcune prestazioni a favore di quest'ultima): in tali ipotesi, come detto, il profitto non potrà essere rappresentato dal valore dell'appalto ottenuto grazie all'illecita dazione di denaro, giacché da tale importo andrà sottratto il valore dell'utilità conseguita dalla pubblica amministrazione in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone.

Su tale posizione della giurisprudenza, 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; ROSSETTI, Commento a Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti s.a. e altri, in Resp. Amm. Soc. Enti, 2008, 1287; SANTORIELLO, La confisca per equivalente e la determinazione del valore dei beni oggetto del provvedimento, in Il Fisco, 2008, 24-1, 4337; LOTTINI, Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001, in Soc., 2009, 351; PISTORELLI, Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite, in Cass. Pen., 2008, 4544; MONGILLO, La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008, 1738;



EPIDENDIO – ROSSETTI, La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti, in Dir. Pen. Proc., 2008, 1263.

3. Rispetto a tali consolidati principi, la decisione in commento presenta un profilo di novità laddove fornisce indicazioni ai giudici di merito circa le determinazioni da assumere allorché nell'ambito delle situazioni da ultimo individuate, ovvero laddove l'illecito si ponga nell'ambito dell'esecuzione del rapporto contrattuale, non si riesca a determinare con esattezza l'ammontare del profitto.

E' evidente infatti che, nelle predette situazioni, la definizione dell'effettivo vantaggio economico ottenuto dall'impresa spesso risulta tutt'altro che agevole, anche in ragione del fatto che la Cassazione ha più volte affermato che nella ricostruzione di tale valore *“non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico, come quelli di profitto lordo o profitto netto”*, lasciando però nell'incertezza a quali criteri debba far richiamo il giudicante.

Orbene, secondo la sentenza in epigrafe, qualora non sia possibile individuare il profitto *“occorre trarne le dovute conseguenze in ordine all'inattuabilità della confisca, senza che possa da ciò desumersi che l'intero compenso, anche laddove aderisca a un'attività perfettamente lecita, si configuri come profitto di reato ... [e] né può ritenersi che la misura cautelare reale possa avere una latitudine applicativa più ampia di quella del provvedimento ablatorio emesso all'esito del giudizio di cognizione, poiché è la disciplina della confisca a cristallizzare l'oggetto del vincolo reale interinale, ciò comportando un'anticipazione al momento dell'adozione del sequestro preventivo di tutte le questioni inerenti l'applicazione del provvedimento definitivo”*

**Corte cassazione**, sez. II, 25 gennaio 2017 (dep. 9 febbraio 2017), n. 6287; DIOTALLEVI, Presidente, IASILLO, Estensore; LORI P.M. (conf.); SANGALLI, imp.

**Responsabilità da reato degli enti collettivi – Confisca del profitto – Determinazione del profitto confiscabile - Parte del profitto che può essere restituita al danneggiato** (D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 9, 19).

*Ai fini della applicazione della previsione contenuta nell'art. 19 D.Lgs. n.231 del 2001, ai sensi del quale non può essere disposta la confisca del prezzo del profitto del reato per la parte che può essere restituita al danneggiato, non rileva - nel senso che non impedisce la confisca - un eventuale impegno assunto dalla persona giuridica con il soggetto danneggiato per il futuro pagamento di somme di denaro (1)*

1. La decisione in epigrafe formula alcune opportune precisazioni circa le modalità con cui, nell'ambito del procedimento nei confronti degli enti collettivi, deve operare l'istituto della confisca del prezzo o del profitto del reato laddove vi sia una persona offesa dell'illecito che abbia diritto alla restituzione di quanto gli è stato sottratto dall'autore del delitto.

Secondo la Cassazione la previsione di cui all'art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001, ai sensi del quale non può essere disposta la confisca del prezzo del profitto del reato per la parte che può essere restituita al danneggiato, non impedisce il sequestro o la confisca della parte del ricavato da reato che il responsabile si sia semplicemente impegnato a restituire al danneggiato ma che non abbia, per l'appunto, ancora effettivamente consegnato a quest'ultimo.

A differenza di quanto previsto nel diritto penale tributario, nel cui ambito, ai sensi dell'art. 12-bis D.Lgs. n. 74 del 2000 che prevede che la confisca "non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario", è riconosciuto rilievo alle assunzioni di impegno formulate dal contribuente come l'accertamento con adesione, la conciliazione giudiziale, la transazione fiscale, ecc., nell'ambito della responsabilità da reato degli enti collettivi l'impossibilità di procedere a confisca di parte del profitto del reato sussiste solo laddove il rispettivo importo sia stato effettivamente consegnato al danneggiato.

## PRIVACY

di Patrizia Ghini, dottore commercialista e pubblicista in Milano

### Rapporto di lavoro: no a controlli indiscriminati su e-mail e smartphone aziendali

Anche nella Relazione annuale relativa al 2015 il Garante *privacy* ha confermato una rilevante incidenza dell'accertamento di violazioni penali relative allo Statuto dei lavoratori connesse alla mancata osservanza delle garanzie previste dall'art. 4, comma 2, l. n. 300/1970.

Detta disciplina ha subito profonde modifiche con l'art. 23 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151 (cd. *Jobs Act*). Le modifiche apportate attengono sia alla parte sostanziale della disciplina del controllo a distanza dei lavoratori (art. 4, l. n. 300/1970), sia a quella sanzionatoria (all'art. 171 del Codice).

Il comma 2, dell'art. 4, dello Statuto dei lavoratori nella riformata formulazione sottrae dall'ambito di applicazione delle disposizioni di cui al comma 1 (e quindi esonera dalla necessità di accordo/autorizzazione), gli "strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze".

Il nuovo comma 3 dell'art. 4 prevede che "le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196".

Dalla nuova formulazione deriva che la mancata informazione ai lavoratori circa le modalità di uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli rientra nel novero delle valutazioni da compiere per valutare la legittimità del trattamento dei dati personali.

Con il Provvedimento n. 547 del 22.12.2016, annunciato nella *newsletter* del 17.2.2017, il Garante per la protezione dei dati personali ha ribadito che il datore di lavoro non può accedere in maniera indiscriminata alla posta elettronica o ai dati personali contenuti negli *smartphone* in dotazione al personale e ha chiarito che:

- la raccolta sistematica delle comunicazioni elettroniche in transito sugli *account* aziendali dei dipendenti in servizio, la loro memorizzazione per un lungo periodo di tempo (nella specie dieci anni) e la possibilità di accedervi all'esito di una procedura di

- investigazione, integra un'ipotesi di controllo dell'attività dei dipendenti;
- detto controllo risulta in contrasto con la disciplina di settore in materia di controlli a distanza (cfr. artt. 11, comma 1, lett. a) e 114 del Codice e art. 4, legge 20.5.1970, n. 300) la quale, anche a seguito delle recenti modifiche, non consente l'effettuazione di attività idonee a realizzare (anche indirettamente) il controllo massivo, prolungato e indiscriminato dell'attività del lavoratore; un tale tipo di controllo è in contrasto sia con le Linee guida per posta elettronica e internet emanate dal Garante *privacy* nel 2007 (par. 4, 5.2. lett. b) e 6) sia con la Raccomandazione del Consiglio di Europa del 1 aprile 2015, CM/Rec(2015)5, spec. princ. 14);
  - il datore di lavoro, pur avendo la facoltà di verificare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa e il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro da parte dei dipendenti, deve in ogni caso salvaguardarne la libertà e la dignità e, in applicazione dei principi di liceità e correttezza dei trattamenti di dati personali, è tenuto a informare non genericamente, ma in modo chiaro e dettagliato, non solo circa le modalità di utilizzo degli strumenti aziendali ma anche in merito all'eventuale effettuazione di controlli, anche su base individuale;
  - l'assenza di una esplicita *policy* al riguardo può determinare una legittima aspettativa del lavoratore, o di terzi, di confidenzialità rispetto ad alcune forme di comunicazione.

La conformità al Codice in materia di protezione dei dati personali e agli orientamenti del Garante interessa da vicino l'Organismo di Vigilanza. Anche se le violazioni al Codice *privacy* e allo Statuto non integrano ipotesi di reato ai fini della normativa 231/2001, l'Organismo di Vigilanza dovrebbe verificare la liceità dei comportamenti nel settore dei controlli a distanza, posto che i relativi esiti potrebbero essere gestiti nell'ambito dei protocolli di prevenzione di alcuni reati e che dovrebbero far parte del sistema di prevenzione anche le misure che l'azienda attua per verificare il rispetto delle disposizioni interne in materia di uso e sicurezza degli strumenti informatici e telematici assegnati per lo svolgimento delle attività.

Del resto le Linee Guida Confindustria sollecitano, tra i controlli preventivi, l'installazione di *software* atti a prevenire e/o impedire la realizzazione di illeciti informatici da parte dei dipendenti e in particolare di quelli

appartenenti alle strutture aziendali ritenute più esposte al rischio o il ricorso a strumenti informatici che impediscano accesso e/o ricezione di materiale illecito, nonché richiami netti e inequivocabili a un corretto utilizzo degli strumenti informatici in possesso dei dipendenti.

## PROFILI INTERNAZIONALI (1)

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

### **Conferenza internazionale anticorruzione di Addis Abeba 14/16 febbraio 2017 (UNODC, Governo Svizzera, Governo Etiopia)**

Il tema dell'*asset recovery* (inteso come recupero dei beni sottratti illecitamente o come confisca dei proventi delle attività delittuose) costituisce oggi uno dei più significativi termini di riferimento delle attività dei *Fora* multilaterali anticorruzione.

A mero titolo di esempio, se ne sono occupati di recente, tra gli altri, il G 20 nell'*anticorruption implementation plan 2017/2018*; le Nazioni Unite nell'esercizio UNCAC; il Summit anticorruzione di Londra del maggio 2016; L'OCSE in numerosi suoi documenti ufficiali; il GAFI, etc.

Vi sono poi *Fora* dedicati esclusivamente all'istituto in esame come il *Global Forum on Asset Recovery* (GFAR), e organismi regionali come l'*Arab Forum on Asset Recovery* (AFAR) e il meno noto UFAR (*Ukrainan Forum on Asset Recovery*).

La crescente attenzione alle tematiche del contrasto patrimoniale al crimine - che fa da contraltare alla caratterizzazione sempre più economica delle più moderne forme di criminalità - ha spinto studiosi e operatori pratici ad approfondire le problematiche concernenti la restituzione alla collettività dei proventi illeciti.

Il tema è fortemente collegato con la responsabilità degli enti: il *link* tra i due settori si manifesta sia per la natura delle sanzioni previste dalla nostra normativa 231, sia per il tipo di delitti più usualmente commessi nell'interesse e per conto dell'ente che sono di carattere prettamente economico.

Da ultimo, i più importanti casi di corruzione internazionale, così come lo scandalo dei ccdd. *Panama Papers*, hanno impresso un'ulteriore accelerazione ai processi e agli esercizi di studio o assistenza tecnica transnazionale dedicati al tema dell'*asset recovery*.

Sul piano generale, vi è consenso internazionale sull'uso di strumenti di contrasto patrimoniale per i crimini di corruzione e per i fatti più gravi di criminalità economica.

Non mancano però alcuni elementi di criticità e di divaricazione esperienziale: si allude, in particolare, alla divergenza di opinioni tra chi vuole tutelare i paesi in via di sviluppo scenario dei fatti corruttivi più gravi, chi invece preferisce giungere a patti con gli autori di fatti di corruzione seguiti da restituzione e risarcimenti ai paesi procedenti, senza alcuna ricaduta positiva per i paesi scenario dei fatti di corruzione.

Altra divergenza operativa si riscontra tra chi preferisce monetizzare il valore dei beni sequestrati e confiscati per poi farne un uso burocratico contabile, e chi invece destina a fini sociali i beni sequestrati e confiscati anche allo scopo di fornire alla collettività un messaggio virtuoso.

A detto ultimo riguardo si suole sempre più discorrere di riscatto morale e di sviluppo economico legato all'implementazione dell'esercizio dell'*asset recovery*, seguita dal *re use* dei beni confiscati (modello italiano).

In detti termini, un equilibrato impiego dell'istituto, soprattutto nei paesi in via di transizione sulla strada della *rule of law*, può costituire senza dubbio anche strumento di sviluppo economico.

A tal fine, nondimeno, è necessaria una costante attività di *capacity building*, *institutional building*, *law enforcement* e *value dissemination*, in grado - da un lato - di aumentare la base imponibile dei beni sequestrati e confiscati e - dall'altro - di rendere più rapide e certe le procedure che dal sequestro conducono alla confisca, alla gestione e alla destinazione dei beni confiscati.

L'Italia ha scritto pagine di buone prassi in tal senso, sia a livello di ordinamento interno, sia sul piano della cooperazione internazionale.

Un vero e proprio fiore all'occhiello della nostra esperienza nell'assistenza tecnica è il piano di appoggio alla strategia di sicurezza del centro America (*plan de apoyo* all'Esca) incentrato proprio sull'*asset recovery* intesa come volano di sviluppo economico e sociale.

La materia è stata al centro di un importante convegno internazionale tenutosi ad Addis Abeba, al quale hanno partecipato ottanta esperti provenienti da 35 paesi.

Tutti si sono soffermati sulla centralità del tema dell'*asset recovery* per il contrasto al crimine organizzato e alla corruzione domestica e internazionale, con precipua prospettiva all'Agenda 2030.

## PROFILI INTERNAZIONALI (2)

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

Nel decreto legislativo 231 si è adottato, fin dalle origini, il cd. principio di universalità della giurisdizione, ispirata a comprensibile rigore.

L'art. 4 del decreto legislativo contempla difatti l'ipotesi in cui l'ente che abbia in Italia la sede principale, compia tuttavia reati all'estero.

Si è invero ritenuto che l'ipotesi, assai diffusa dal punto di vista criminologico, meritasse comunque l'affermazione della sanzionabilità dell'ente, al fine di evitare facili elusioni della normativa interna: e ciò anche al di fuori delle circoscritte ipotesi in cui la responsabilità dell'ente consegua alla commissione di reati per i quali l'art. 7 del codice penale prevede la punibilità incondizionata.

L'opzione è oltretutto conforme al progressivo abbandono, nella legislazione internazionale, del principio di territorialità e alla correlativa, sempre maggiore affermazione del principio di universalità (prova ne siano gli stessi atti ratificati nella legge 300/2000).

Peraltro, la costante attenzione dell'Italia ai profili di cooperazione internazionale (resi talvolta difficili dalla sovrapposizione delle azioni punitive da parte dei diversi Stati, soprattutto quando, come in Italia, vige il principio di obbligatorietà delle stesse) ha suggerito di apporre uno sbarramento alla perseguibilità dell'illecito commesso dall'ente nei casi in cui nei suoi confronti già proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

La tematica del *bis in idem* è stata al centro di numerosi recenti approfondimenti.

Analogamente, alla sussistenza di un interesse apprezzabile dello Stato alla punizione e all'opportunità di bilanciare tale interesse con il rispetto dell'altrui sfera di sovranità in materia punitiva, si ispira il secondo comma dell'art. 4.

La norma prevede che, nei casi in cui vi sia stata la richiesta per la persona fisica, per procedersi nei confronti dell'ente, la richiesta del Ministro Guardasigilli debba estendersi anche nei confronti di quest'ultimo.

La previsione garantisce oltretutto che le vicende dei due soggetti si svolgano su binari paralleli, secondo una tendenza cui si ispira



complessivamente il sistema normativo e che viene derogata soltanto laddove una diversa soluzione possa pregiudicarne l'effettività.

Orbene, suddette previsioni, prendono forma e vita in un importante caso giudiziario e cioè quello del sequestro, avvenuto in Libia il 19 luglio del 2015, dei quattro tecnici della Bonatti (Salvatore Failla e Fausto Piano, uccisi nel febbraio dell'anno dopo in un conflitto a fuoco dai contorni ancora poco chiari, e dei colleghi Gino Pollicardo e Filippo Calcagno, che sono invece riusciti a liberarsi e a tornare in Italia.

Si contesta in particolare all'ente, la mancata adozione di una serie di misure necessarie a tutela dei suoi lavoratori. E' sulla base di questo ragionamento che la Procura di Roma - ed è la prima volta che succede in tema di sequestri di nostri connazionali all'estero - ha chiuso l'indagine contestando il reato di "cooperazione colposa nel delitto doloso" collegato all'evento morte di Failla e Piano ai quattro componenti del C.d.A.della Bonatti (incluso il presidente) e a un loro dirigente.

Secondo l'ipotesi accusatoria, nel 2015 in Libia era ben nota la situazione di pericolo. La nostra ambasciata era stata chiusa nel febbraio di quell'anno e la Farnesina, alla luce di un peggioramento delle condizioni, aveva invitato le società italiane impegnate in Libia a lasciare il paese o elevare le misure di sicurezza a beneficio dei lavoratori.

## 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

### **Società a controllo pubblico e omessa pubblicità delle procedure di reclutamento del personale: scatta il potere sanzionatorio dell'ANAC. Altre novità per il Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231?**

Il Provvedimento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) del 16 novembre 2016 che reca il: "Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97" (G.U. n. 284 del 05.12.2016) puntualizza e integra le facoltà dell'ANAC nell'applicazione di sanzioni in caso di inosservanza delle norme in materia di trasparenza previste per le amministrazioni pubbliche.

Presupposti del Regolamento sono da un lato le modificazioni apportate all'art. 47 del D.Lgs. 33/2013 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni) dall'art. 38 del D.Lgs. 96/2016: sostituendo il comma 3 dell'art. 47 – che prevedeva, genericamente, che sarebbe stata l'autorità amministrativa competente a irrogare le sanzioni per violazioni delle norme sulla trasparenza –, si stabilisce che sia l'ANAC ad applicarle, con il compito di disciplinare il procedimento con proprio provvedimento; dall'altro, le disposizioni dell'art. 19 del D.Lgs. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) che, imponendo alle società a controllo pubblico di adottare, in materia di reclutamento del personale, criteri e modalità nel rispetto dei principi previsti dall'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche) per l'ammissione all'impiego pubblico, dispone la pubblicazione dei provvedimenti assunti al proposito nel sito istituzionale della società. In caso di mancata o incompleta pubblicazione, scattano i meccanismi sanzionatori da parte dell'ANAC previsti dal D.Lgs. 33/2016 e s.m.i.

E, cioè, l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 47 del decreto da 500 a 10.000 euro. Ritiene infatti l'ANAC che anche la fattispecie configurata dall'art. 19 del D.Lgs. 175/2016 rientri nei propri poteri sanzionatori stante l'esplicito richiamo delle disposizioni dell'art. 47 del D.Lgs. 33/2016.

Il Regolamento prevede che qualora l'ANAC rilevi, nell'esercizio della vigilanza sugli adempimenti in materia di pubblicità e trasparenza degli atti della amministrazioni pubbliche, l'esistenza di fattispecie sanzionabili, chieda al Responsabile della trasparenza e all'Organismo Indipendente di Valutazione – OIV (1) di fornire le motivazioni del mancato adempimento e, nel caso di mancata comunicazione da parte di soggetti obbligati a trasmettere elementi da pubblicare, i dati identificativi del soggetto inadempiente.

Se dalle comunicazioni dei due predetti soggetti non emerge la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della sanzione, la pratica viene archiviata. Ove per contro dalle comunicazioni – ovvero anche da annotazioni della Guardia di finanza – si accerti la sussistenza di tali presupposti, l'ANAC comunica l'avvio del procedimento sanzionatorio nei confronti del soggetto obbligato alla comunicazione (dandone notizia al Responsabile della trasparenza e all'OIV).

Il procedimento si svolge secondo quanto previsto dalla legge 689/1981 (Legge di depenalizzazione) e attraverso momenti puntualmente dettagliati nel Regolamento. Al termine della fase istruttoria, e nel caso non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta (2), può intervenire l'archiviazione, qualora si sia riscontrata l'assenza di presupposti per la comminazione della sanzione, oppure l'irrogazione della sanzione amministrativa

---

<sup>1</sup> L'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) è previsto dall'art. 14 del D.Lgs. 150/2009 nell'ambito del sistema di misurazione della *performance* organizzativa e individuale delle amministrazioni pubbliche. Gli sono attribuite complesse funzioni tra le quali la promozione e l'attestazione dell'assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all'integrità.

<sup>2</sup> Art. 16, comma 1, l. 689/1981: "*Pagamento in misura ridotta. E' ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo, oltre alle spese del procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione*".

pecuniaria definita entro i limiti minimo e massimo edittali tenuto conto dei criteri stabiliti dall'articolo 11 della legge 689/1981 (3).

Il D.Lgs. 175/2016 sottopone dunque espressamente le società a controllo pubblico alle norme sulla trasparenza dei processi di reclutamento del personale. D'altro canto, la loro attrazione alle normative in materia di lotta alla corruzione e sulla trasparenza da parte delle amministrazioni pubbliche era già stata definita dall'ANAC nell'ambito delle "Linee guida" dettate con determinazione n. 8/2015 e dall'articolo 2-*bis* inserito nel D.Lgs. 33/2013 dal D.Lgs. 96/2016.

Tutto ciò premesso, sembra opportuno valutare se l'ulteriore estensione delle norme sulla trasparenza amministrativa (con conseguente aumento del potere sanzionatorio dell'ANAC) possa in qualche maniera influenzare i contenuti del Modello di organizzazione e gestione previsto dal decreto 231 anche per questi soggetti.

Occorre infatti ricordare che, secondo gli indirizzi dati dall'ANAC con la citata determinazione n. 8/2015, poi tradottisi in disposizioni giuridiche a seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 41 del più volte citato D.Lgs. 96/2016 alla legge 190 del 2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella amministrazioni pubbliche), il Modello di organizzazione e gestione previsto dal decreto 231, se adottato dai soggetti in discorso, può tenere luogo, con le opportune integrazioni, del Piano triennale di prevenzione della corruzione da predisporre da parte delle amministrazioni pubbliche ed enti ad esse assimilati giusta le linee fissate dal Piano nazionale anticorruzione.

Cogliendo, con uno sguardo d'insieme, il quadro normativo che si va progressivamente formando in materia di lotta alla corruzione e trasparenza delle amministrazioni pubbliche e soggetti assimilati, non ne sfugge la complessità applicativa considerando che un unico filo sembra collegare numerosi settori ancorché operativamente distanti (4). Quali che

---

3 Art. 11 l. 689/1981: "Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

4 Cfr. MANACORDA, L'applicazione del Codice degli appalti pubblici influenza il Modello di organizzazione e gestione previsto dal decreto 231? Spunti di riflessione; in questa Rivista n. 1/2017.

siano i possibili sviluppi al riguardo, sembra opportuno che il Modello di organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico contenga procedure applicative per tutti i temi che, via via, vengono collocati nell'ormai ampio sistema normativo di lotta alla corruzione, nel quale la trasparenza dell'azione amministrativa viene considerata come ineludibile elemento integrante.