

LUISS



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale della Pubblica Amministrazione

**DUE SISTEMI DI COMPLIANCE A CONFRONTO: MISURE ORGANIZZATIVE
IN TEMA DI CORRUZIONE E PRIVACY**

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Novella Masullo

CANDIDATA

Rosangela Porto

Mat. 138243

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Antonino Gullo

Anno accademico 2019/2020

INDICE

<i>Introduzione</i>	5
---------------------------	---

CAPITOLO I

II SISTEMA PENALE ITALIANO: TRA SCHEMI REPRESSIVI E PREVENTIVI

1. I tratti del sistema penale tradizionale: il meccanismo classico punitivo-repressivo e le linee essenziali sull'evoluzione del diritto penale.....	8
1.1. L'assetto giuridico-sanzionatorio conseguente alla commissione dell'illecito penale: i principi cardine.....	13
2. Le criticità del sistema repressivo alla luce della percezione dell'illegalità: il periodo Mani-Pulite.....	18
2.1. I cenni storici sull'epoca di Tangentopoli: fatti, persone e opinione pubblica.....	22
2.2. Il processo sulla posizione rivestita: rilievi critici sulla perseguibilità di condotte ascrivibili a strutture complesse e le proposte di riforma.....	27
3. Gli obiettivi di prevenzione del legislatore e la strumentalità degli schemi repressivi nelle strutture complesse.....	31
3.1. Verso una responsabilità delle persone giuridiche: la cultura d'impresa come sintomo di una nuova criminalità.....	34
3.2. Le proposte di intervento in sede europea ed internazionale per la nascita di una responsabilità penale degli enti.....	37
4. Gli ostacoli giuridici alla nascita di una responsabilità penale degli enti: l'abbattimento di un dogma e il contrasto tra gli orientamenti dottrinali.....	42
4.1 Le soluzioni proposte e gli schemi adottati in sede di redazione del d.lgs. 231/2001.....	48

CAPITOLO II
LA CULTURA DELLA LEGALITÀ NEL SETTORE PRIVATO E
PUBBLICO

1. La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.....	52
1.1. I criteri oggettivi e soggettivi di imputazione del reato commesso dalla persona fisica.....	59
1.2. La struttura dei Compliance Programs e la funzione esimente dei modelli organizzativi.....	66
1.3. Brevi cenni sulle caratteristiche dell’Organismo di Vigilanza.....	73
2. La L.190/2012: l’impianto legislativo della lotta alla corruzione, le modifiche normative delle fattispecie corruttive e la centralità della prevenzione della corruzione.....	76
2.1. Le ulteriori modifiche sul piano repressivo: la riforma legislativa delle fattispecie di concussione e traffico di influenze illecite.....	82
2.2. Il sistema della prevenzione della corruzione e il ruolo centrale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione.....	90
3. Il Piano Nazionale Anticorruzione e i piani triennali di prevenzione della corruzione.....	97
3.1. Il meccanismo del Whistleblowing nei piani triennali di prevenzione della corruzione.....	101
4. Il doppio modello di organizzazione nelle società a partecipazione pubblica: profili di criticità.....	103

CAPITOLO III
LA COMPLIANCE DEI DATI PERSONALI NEGLI ENTI E NELLE
PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

1. L’introduzione del <i>General Data Protection Regulation</i> : l’evoluzione di un diritto alla riservatezza <i>latu sensu</i>	111
1.1. Oggetto, finalità e ambito di applicazione del Regolamento 679/2016.....	119

2. I nuovi obblighi giuridici a carico delle strutture complesse: il trattamento dei dati personali alla stregua dei principi ispiratori della materia.....	126
2.1. I diritti dell'interessato.....	133
2.2. La sicurezza informatica e la valutazione dei rischi.....	139
3. I soggetti destinatari: una nuova valutazione del rischio negli enti ex d.lgs. 231/2001?.....	142
3.1. Brevi cenni sul ruolo dell'Organismo di Vigilanza nel modello integrato.....	150
4. La protezione dei dati nelle P.A.: il bilanciamento tra la trasparenza amministrativa e il diritto alla riservatezza.....	153

CAPITOLO IV

L'APPARATO SANZIONATORIO NELL'IPOTESI DI DATA BREACH: TRA IL RICORSO ALLA SANZIONE AMMINISTRATIVA O PENALE E LE ZONE D'OMBRA

1. Il Data Breach: la violazione del trattamento dei dati e le misure di intervento.....	162
1.1. I mezzi di ricorso e le sanzioni amministrative.....	169
2. I nuovi reati nel sistema sanzionatorio penale: la riformulazione dell'art. 167.....	174
2.1. L'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici: analisi degli artt. 167- <i>bis</i> e 167- <i>ter</i>	179
2.2. Le ulteriori fattispecie incriminatrici: gli artt. 168, 170 e 171 del Codice Privacy.....	183
3. Il duplice schema punitivo: l'applicabilità delle sanzioni amministrative e penali e la possibile violazione del divieto di <i>bis in idem</i>	186
 <i>Rilievi conclusivi</i>	 194
 Bibliografia	 199

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si prefigge come scopo primario il raffronto e lo studio della convivenza tra diversi sistemi di prevenzione che il legislatore italiano, in comune accordo con le istanze promosse in sede europea, ha configurato nell'ordinamento interno.

In particolare, l'analisi prenderà le mosse da una breve disamina dei principi e criteri direttivi che muovono e guidano il diritto penale tradizionale e che fungono come limiti di fondo per le scelte di incriminazione del legislatore¹, e proseguirà, poi, con un'indagine sul sistema sanzionatorio penale nei suoi caratteri più essenziali.

Si porrà, successivamente, particolare attenzione a taluni avvenimenti che, in ragione della loro portata mediatica e del rilievo che hanno assunto sul piano giudiziario, hanno sollevato incessanti esigenze di innovatività del sistema penale tradizionale, ormai insufficiente, poiché modulato e rivolto alla persecuzione di condotte provenienti da persone fisiche.

In tal senso, la difficoltà per il legislatore di punire talune condotte, nell'era della criminalità d'impresa, ha evidenziato la non più trascurabile necessità di procedere ad una rivalutazione degli istituti del diritto penale classico al fine di poter pervenire ad un giudizio di colpevolezza anche nei confronti delle persone giuridiche che, fino ai primi anni del duemila, godevano di una impunità assoluta.

Si procederà, dunque, all'interno del primo capitolo, ad una analisi rivolta alle ragioni che hanno condotto il legislatore ad introdurre una responsabilità amministrativa, *rectius* penale, degli enti e agli istituti sia penalistici che civilistici, che fino a quel momento, erano stati utilizzati per sopperire ad un vuoto di tutela di una tale ampiezza. In un secondo momento, il baricentro della trattazione si sposterà sulla delineazione dei caratteri essenziali dei due sistemi di prevenzione penale che sono stati inseriti, in una chiave squisitamente innovativa, all'interno dell'ordinamento penalistico: da un lato, il modello di organizzazione e gestione preveduto dal decreto legislativo 231 del 2001 e, dall'altro, il meccanismo bipartitico del Piano Nazionale Anticorruzione e dei

¹ MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p.199

Piani Triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza, frutto della rivisitazione della lotta alla corruzione attuata dalla Legge Severino n. 190 del 2012. In tal senso, il d.lgs. 231 da un lato e la L.190 dall'altro sono state il frutto del cambiamento di prospettiva, che ha animato le corti nazionali ed europee, sulla validità ed efficacia dello strumento repressivo nei confronti delle realtà complesse, private e pubbliche.

Queste ultime, infatti, data l'assenza di volontà propria, come volontà formatasi nell'*animus* di un individuo, difficilmente riconoscono e percepiscono il rimprovero penale formulato mediante gli strumenti punitivi tradizionali, ma divengono destinatarie di strumenti ulteriori e più precisamente, di misure preventive, ovverosia di accorgimenti volti a riconoscere, analizzare e gestire il rischio-reato e di rimedi da attuare solo successivamente alla verifica dell'ipotesi delittuosa.

I due strumenti di prevenzione che il legislatore ha predisposto all'interno dell'ordinamento penale, soprattutto grazie all'incessante operato della giurisprudenza di merito, giungono in taluni ambiti a coesistere e ad essere integrati l'uno nell'altro, in forza della necessità che la struttura complessa, nell'assumere la forma, talvolta, di società a partecipazione pubblica, non sia sollevata dal rispetto degli obblighi né dell'uno né dell'altro.

Sebbene la portata di maggiore innovatività nel sistema penale sia stata esplicitata nei due provvedimenti di cui sopra, l'adozione di modelli di prevenzione si è spinta, anche in altri settori del diritto, ed in particolare, nella corposa e complessa disciplina sulla protezione dei dati personali.

Al riguardo, il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali n.679/2016, frutto della faticosa riorganizzazione della materia da parte dell'Unione Europea, ha imposto ulteriori obblighi di *compliance* e di sicurezza delle informazioni e dati che, tanto gli enti pubblici, quanto quelli privati, sono obbligati a rispettare ed attuare all'interno della struttura organizzativa interna.

Dunque, a tal proposito la trattazione si concentrerà sui caratteri, principi, diritti e strumenti preventivi che guidano il rispetto della disciplina europea e la successiva normativa di adeguamento del d.lgs. 101/2018, fino ad analizzare, negli elementi più critici, la difficoltosa convivenza con il d.lgs. 231/2001, con la normativa

Anticorruzione e, più nello specifico, con il parallelo – e del tutto divergente – principio di trasparenza amministrativa.

Da ultimo, si analizzerà il bagaglio degli strumenti amministrativi e penali che il legislatore europeo e il legislatore nazionale hanno preveduto per la sanzionabilità di condotte illecite e l'eventuale rischio che, con la previsione di un duplice regime sanzionatorio, si possa determinare una violazione del principio del *ne bis in idem*.

CAPITOLO I

II SISTEMA PENALE ITALIANO: TRA SCHEMI REPRESSIVI E PREVENTIVI

SOMMARIO: 1. I tratti del sistema penale tradizionale: il meccanismo classico punitivo-repressivo e le linee essenziali sull'evoluzione del diritto penale – 1.1. L'assetto giuridico-sanzionatorio conseguente alla commissione dell'illecito penale: i principi cardine – 2. Le criticità del sistema repressivo alla luce della percezione dell'illegalità: il periodo Mani-Pulite – 2.1. I cenni storici sull'epoca di Tangentopoli: fatti, persone e opinione pubblica – 2.2. Il processo sulla posizione rivestita: rilievi critici sulla perseguibilità di condotte ascrivibili a strutture complesse e le proposte di riforma – 3. Gli obiettivi di prevenzione del legislatore e la strumentalità degli schemi repressivi nelle strutture complesse – 3.1. Verso una responsabilità delle persone giuridiche: la cultura d'impresa come sintomo di una nuova criminalità. – 3.2. Le proposte di intervento in sede europea ed internazionale per la nascita di una responsabilità penale degli enti – 4. Gli ostacoli giuridici alla nascita di una responsabilità penale degli enti: l'abbattimento di un dogma e il contrasto tra gli orientamenti dottrinali – 4.1 Le soluzioni proposte e gli schemi adottati in sede di redazione del d.lgs. 231/2001

1. I tratti del sistema penale tradizionale: il meccanismo classico punitivo-repressivo e le linee essenziali sull'evoluzione del diritto penale.

Ai fini di una esaustiva conoscenza del diritto penale moderno, non si può prescindere dall'inquadramento storico e dal contesto sociale dal quale lo stesso trae la propria ragion d'essere. Il codice Rocco del 1930 non nasce dalla mente del legislatore *ex abrupto*, ma “matura lentamente sotto la spinta delle dominanti concezioni filosofiche, delle preminenti istanze politiche, dei bisogni spirituali ed economici, delle tendenze scientifiche, delle tradizioni e della coscienza morale di un popolo, della tecnica e del progresso”².

Il codice rappresenta il frutto di correnti di pensiero contrastanti nei loro precetti fondamentali, che sono giunti a consolidarsi nella scuola classica e positiva; tali

²BETTIOL, *Diritto penale parte generale*, Padova, XI edizione, 1982, p. 16-17, che richiama ALTAVILLA, *influssi del progresso tecnico sulla criminalità*, in: “S.P.”, 1960, pag. 229.

orientamenti sono, oggi, delineabili come fondamenta del sistema penale, in ragione dell'influenza segnante che hanno prodotto nell'*animus* del legislatore del 1930.

La scuola classica, alla quale si è soliti far risalire la nascita della moderna scienza del diritto penale italiano, qualificava il reato come una violazione cosciente e volontaria della norma penale e attribuiva, di conseguenza, rilevanza all'elemento soggettivo, ciò che oggi viene comunemente definita "colpevolezza".

In tal senso, i sostenitori di tale orientamento presupponevano che il reato dovesse scaturire da una volontà colpevole, o, in altre parole, da una volontà libera³, ragion per cui, ai fini della risposta punitiva, era imprescindibile che l'agente fosse imputabile e dunque, capace di comprendere il disvalore della propria condotta.

Solo a seguito di un accertamento sull'esistenza di tale ultimo requisito, lo Stato era chiamato ad intervenire mediante lo strumento della pena.

La sanzione penale rappresentava, quindi, il fulcro della concezione classica: alla pena il duro compito di ristabilire l'ordine vanificato dalla commissione del delitto, in una luce squisitamente retributiva.

Alla scuola classica si affiancò la scuola positiva, i cui precetti cardine erano basati prevalentemente sullo studio della psicologia del delinquente, il quale, considerato come un essere rudimentale, primitivo, selvaggio, non era in grado di adeguarsi alla vita moderna di relazione, in quanto era impedito da uno sviluppo deficiente dell'organismo⁴.

Evidente, dunque, per quanto attiene alla scuola positiva, il fondamentale centralismo dei fattori antecedenti la commissione del fatto reato, che inevitabilmente, in ragione della loro esistenza biologica, davano luogo a copiose classificazioni di antropologia criminale.

Alla realizzazione dell'illecito, i positivisti non facevano certo conseguire una pena proporzionata alla gravità del reato, come ipotizzava la scuola classica, piuttosto una misura di sicurezza che doveva essere applicata dal giudice, valutando caso per caso e muovendosi senza alcun confine di determinatezza temporale.

Di conseguenza, il legislatore Rocco fu impegnato a conciliare le linee essenziali delle due scuole e diede vita, in un'ottica avanguardistica, al sistema del c.d. doppio binario,

³ Sul punto si veda BETTIOL, *Diritto penale parte generale*, cit, pag.23

⁴ Sul punto si veda BETTIOL, *IBIDEM*

e dunque, un sistema per il quale si prevede, accanto e in aggiunta alla pena tradizionale inflitta sul presupposto della colpevolezza, una misura di sicurezza, vale a dire una misura fondata sulla pericolosità sociale del soggetto e finalizzata alla sua risocializzazione.⁵

Guardando, infatti, al contenuto della relazione ministeriale al codice, emerge che: “dalle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l’intimazione derivante dalla minaccia e dall’esempio, e la funzione c.d. satisfattoria, che è anch’essa, in un certo senso di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall’applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie”⁶; la funzione di prevenzione speciale resta diversamente affidata alle misure di sicurezza, applicabili al fine di evitare la commissione di nuovi reati.

Il sistema consegnato dal legislatore del 1930, tuttavia, presenta taluni elementi di criticità.

Un primo *punctum dolens*, infatti, si manifesta in un momento immediatamente successivo: prevedere un doppio binario vuol dire ammettere in concreto l’applicabilità in contemporanea di una pena e di una misura di sicurezza, a seconda che il soggetto si presenti, da un lato, colpevole e dall’altro pericoloso socialmente.

Un secondo *punctum dolens* invece, si rileva al momento della commisurazione della pena e della misura di sicurezza: sarà il giudice, in via discrezionale, a dover applicare in concreto lo strumento punitivo, seppur comunque vincolato in buona parte dai criteri dettati agli art. 133 e 203 del codice penale.

Successore del codice Zanardelli del 1889, il codice Rocco fu l’espressione del consolidamento del regime fascista e rappresentò un prodotto legislativo organico e omnicomprensivo della disciplina penalistica. In parallelo, seppur frutto del periodo storico in cui ha avuto origine, il codice Rocco non ripudiò taluni principi cardine del sistema penale, come, in via esemplificativa, il principio di legalità del reato e della pena, che rimase cornice del sistema, in un’ottica spiccatamente moderna.

L’influenza, tutt’altro che sottesa, del fascismo, tuttavia, si manifesta anzitutto nell’essenza statalistico-pubblicistica anziché personalistico-individualistica degli

⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, VIII edizione, 2019, p.740

⁶ Relazione al Re sul Codice penale, in Lavori preparatori.

interessi o beni tutelati⁷: emblematico è l'esempio della violenza carnale che era posta nei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, o ancora l'aborto che consisteva in un reato contro la sanità e l'integrità della stirpe.

In particolare, questo pensiero conduttore si può notare nella configurazione del sistema sanzionatorio: ritorno alla pena di morte e inasprimento delle pene già contemplate⁸; così come, in numerose ipotesi veniva ammessa una responsabilità meramente oggettiva, attribuendo particolare rilevanza alle esigenze repressivo-punitiva, anziché far prevalere principi di stretta colpevolezza.

Senza alcuna riserva, è possibile affermare che l'impronta più incisiva sia stata segnata dall'entrata in vigore della Costituzione del 1948: il legislatore ha ben dovuto adeguare, inevitabilmente, lo scheletro del sistema penale autoritario ad una struttura liberal-democratica, frutto delle indubbie conseguenze del secondo dopoguerra.

E a ben vedere, il reato e anche la pena, intesa *strictu sensu* come un "castigo" conseguente alla violazione di un precetto penale, si sono dovuti scontrare con i più moderni principi costituzionali e, tra i più rilevanti, con l'affermazione della responsabilità penale come personale, con l'irretroattività, con la libertà individuale elevata ad area inviolabile e con la inevitabile funzione rieducativa della pena.

Anzitutto, più dettagliatamente, è necessario chiarire la immediata presa di coscienza circa l'incompatibilità con taluni schemi penalistici rinvenibili nel codice Rocco: la carta costituzionale decanta tutt'oggi diritti intangibili, pregnanti di individualità e personalismo, mentre il legislatore del 1930 ne sminuiva il valore.

La pena di morte, infatti, rappresentava il simbolo di un'epoca in cui la proiezione del singolo era subordinata alla superiorità dello Stato e la sanzione penale rappresentava una punizione di cui il reo ne avrebbe dovuto sopportare gli effetti "sproporzionati" alla gravità del fatto commesso.

Diversamente, con l'entrata in vigore della Costituzione, taluni capisaldi del sistema penale ante-guerra hanno dovuto lasciare il passo a principi e concezioni più moderne, frutto altresì, di una rivalutazione d'insieme dell'uomo e del potere dello Stato nei confronti di quest'ultimo.

⁷ All'interno del Codice Rocco numerosi reati presentavano la struttura di pericolo astratto ovvero presunto e davano luogo ad un intervento repressivo alla stregua di una mera disobbedienza all'imperativo giuridico.

⁸ Sul punto si veda www.giappichelli.it, evoluzione e caratteri generali del diritto penale italiano

Difatti, in primo luogo, da una lettura coordinata tra la carta costituzionale e il codice penale è apparso che il legislatore costituente abbia voluto circoscrivere nei limiti della stretta necessità le ipotesi dell'illecito penale, riducendo all' *extrema ratio* l'intervento punitivo e limitativo dei diritti.

In secondo luogo, il legislatore ha confinato l'intervento della sanzione penale a quelle ipotesi in cui si verifica una violazione di un bene, che seppur non di pari grado al valore in concreto sacrificato, sia ugualmente dotato di un rilievo costituzionale⁹ *latu sensu*, e dunque, comprensivo anche dei principi saldamente enunciati dall'ordinamento europeo e internazionale, siano essi esplicitamente menzionati o tacitamente ricompresi.

In terzo luogo, al fine di soddisfare esigenze di prevedibilità della risposta punitiva, la carta costitutiva e, in parallelo il codice penale, hanno vincolato, sebbene già preveduto dal Codice del 1930, la qualificazione di un fatto come illecito penale, al principio di legalità ed irretroattività, imponendo, dunque, il principio in forza del quale il reato e la pena ad esso conseguente debbano essere previsti da una legge entrata in vigore prima del fatto commesso.

Tuttavia, la portata innovativa della Carta Costituzionale non si è limitata ai principi e meccanismi già enunciati. Infatti, costituendo uno dei capisaldi del sistema penalistico italiano, il legislatore costituente ha imposto il rispetto del principio di responsabilità penale come personale: in sostanza, ai fini di un giudizio di rimproverabilità, appare vincolante, da un lato, la possibilità di conoscere la norma penale per l'agente (da intendersi poi, nel bilanciamento con il principio secondo cui l'*ignorantia legis non excusat*) e, dall'altro, l'impossibilità di configurare ipotesi di responsabilità oggettiva. Da ultimo, il legislatore costituente ha attribuito alla pena una funzione rieducativa, ragion per cui la sanzione penale deve, oggi, tendere alla rieducazione del condannato; di conseguenza, essa non è più strumento esclusivamente repressivo, quanto piuttosto è divenuta un mezzo attuativo di una educazione del soggetto, lasciando così spazio all'introduzione di metodi alternativi alla pena e facendo venir meno il complesso delle pene manifestamente sproporzionate.

⁹ BRICOLA, *Teoria generale del reato, Novissimo digesto italiano*, Torino, Terza edizione, 1957, Volume XIX, p.14 ss.

Alla stregua dei nuovi principi, in via riassuntiva, la punibilità di un fatto come reato previsto in forma tassativa dalla legge nasce dalla violazione o dalla messa in pericolo di un bene giuridicamente tutelato, sia esso individuale o collettivo, a cui consegue la risposta punitiva dello Stato, non più nella sua veste totalitaria, così come si levava prima della Costituzione, ma come primo destinatario e fautore dei principi contenuti nella carta costituzionale, posti a loro volta a tutela dell'individuo.

Ed è proprio dall'individuo che deve prendere le mosse la seguente analisi.

1.1. L'assetto giuridico-sanzionatorio conseguente alla commissione dell'illecito penale: i principi cardine

Come già anticipato, tradizionalmente il termine sanzione è ricollegato al significato di "castigo"; quest'ultimo, invero, consegue alla violazione di un precetto penale, mediante una condotta commissiva od omissiva del reo.

Approssimativamente, non è errato affermare che non c'è sanzione al di fuori di un'azione o un'omissione e "non vi è un'azione violatrice di un comando che non postuli logicamente una sanzione"¹⁰.

Ciononostante, al di là della sua accezione arcaica, il significato terminologico di "pena" si è arricchito con varie sfaccettature, ricomprendendo al suo interno accezioni differenti e più moderne, in ragione delle esigenze via via manifestatesi ed in conformità al dettato costituzionale.

L'analisi prende le mosse dall'idea della retribuzione e prevenzione; quest'ultima arricchisce il concetto di pena, consentendo di attribuire alla stessa la funzione propria di deterrenza o intimidazione ed incoraggia la comunità a non commettere alcun reato, in virtù di un escamotage "psicologico".

Ed è proprio, infatti, la prospettiva di una certa sofferenza consecutiva ad una condotta che rende il soggetto agente "pienamente consapevole" della risposta punitiva a lui prospettabile.

¹⁰BETTIOL, *Diritto Penale parte generale*, cit. pag. 713

Accanto alla prevenzione, se ne accompagna una ulteriore funzione, rinvenibile nell'idea della "retribuzione": la pena consente di compensare al "male" arrecato dal soggetto agente, attraverso non pene c.d. esemplari, per le quali il colpevole risulta obbligato a sopportare una sanzione più grave rispetto alla condotta posta in essere, quanto piuttosto proporzionate ed equilibrate alle ulteriori esigenze di politica criminale.

Nondimeno, la sanzione non può prescindere *in toto* da una sfera etica, e difatti, si manifesterà ogniqualvolta un soggetto si riveli inadatto alle relazioni interpersonali, tanto da giustificare una sua *deminutio capitis* poiché "ognuno deve avere nella comunità sociale uno status giuridico, rispettivamente più ampio o più stretto, secondo i pregi o i difetti della propria personalità e della condotta che da questa deriva"¹¹.

In dottrina, alcuni autori con l'intento di rinvenire le ragioni sottese allo strumento penalistico punitivo, hanno finito per affermare che "l'unica ragione per cui lo Stato è solito ricorrere alla sanzione criminale rispetto a certi fatti socialmente dannosi è la necessità, in cui la società si trova, rispetto ai fatti stessi, di vietarli giuridicamente disponendo una sanzione diversa ed in genere più grave delle sanzioni extrapenali, perché di tutte queste altre sanzioni, alcune – rispetto a quei fatti – sono inapplicabili, altre sempre insufficienti rispetto ad una adeguata difesa sociale".¹²

Innegabile è la natura maggiormente afflittiva e persuasiva della pena, rispetto alle sanzioni ugualmente previste all'interno dell'ordinamento, da un lato, per ragioni collegate, in via approssimativa, alla riduzione dei diritti costituzionalmente garantiti, con particolare riferimento alle pene limitative delle libertà personale, attraverso le quali lo Stato "reintegra lo *status quo ante* e rieduca", dall'altro il timore dello strumento punitivo tende a scoraggiare, seppur teoricamente, la commissione di delitti da parte dei consociati.

Nondimeno, la sanzione penale persegue un obiettivo ulteriore e precisamente, si intende adeguare la risposta punitiva alla gravità del fatto commesso, consentendo al giudice, in sede di valutazione, di scegliere tra il ventaglio delle pene, quella maggiormente idonea al caso di specie.

¹¹GRISPIGNI, *Espiazione e difesa nel nuovo Codice Penale germanico*, estratto dagli "Studi per Romano", 1939, pag.8

¹²FROSALI, *Diritto penale*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, Terzo edizione, 1957, Volume XII, pag.816 e ss

Ed è sicuramente in questo momento logico - cronologico che la proporzionalità della pena rispetto al reato commesso viene a concretizzarsi, in ragione dell'esame circa la gravità del reato stesso e la capacità a delinquere del colpevole.

In alcuni casi, il verificarsi di un fatto storico conforme ad una fattispecie astratta può non essere punito¹³; ci si riferisce, nel dettaglio, alla sussistenza di una causa estintiva del reato o della pena, che va a condizionare la successiva punibilità del soggetto.

Senza spingersi fino all'analisi di questa categoria giuridica, è possibile affermare che tale ipotesi dipende da un diritto legittimamente appartenente allo Stato, in virtù di "ragioni estranee o confliggenti rispetto alle esigenze di tutela penale del bene protetto e che hanno come effetto comune di paralizzare la punibilità quale effetto tipico dell'illecito penale"¹⁴.

Quanto appena spiegato è a conferma di come l'assetto punitivo sia influenzato da ragioni dipendenti da scelte di politica criminale e dalle esigenze della vita sociale in cui il fatto stesso si realizza.

Un esempio pratico può manifestarsi analizzando la pena di morte, che fino al 1994, trovava ultima applicazione per gli illeciti preveduti dalle leggi militari di guerra; essa costituisce la dimostrazione di un retaggio storico-culturale in cui lo Stato manifestava a pieno la veste di "Vendicatore", ponendosi su un piano quasi parificabile alla psicologia criminale di un comune uomo, composta da passione e istinti indomabili.

L'entrata in vigore della Costituzione ed in particolare, l'art 27 comma 3 nell'affermare che: "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*" hanno, senza alcun dubbio, posto un invalicabile ostacolo alla permanenza di sanzioni che non si conformassero al dettato normativo, inclinando per certi versi anche oggi, la stessa persistenza della pena dell'ergastolo.

Da tali sintetiche premesse, bisogna porre maggior attenzione, allo schema delineato dal legislatore e alle riforme che negli anni hanno consentito di adattare il sistema

¹³ Sul punto si veda LEONE, *Elementi di diritto e procedura penale*, Quinta edizione, Napoli, 1983, p. 128

¹⁴ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit, p. 829, che in argomento confronta anche VASSALLI, la potestà punitiva, Torino 1942; SPAGNOLO, lineamenti di una categoria dei fatti estintivi del diritto penale, Napoli, 1963; PAGLIARO, *profili dommatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1967, p.472.

sanzionatorio alle esigenze via via manifestatesi successivamente all'entrata in vigore del Codice Rocco.

Anzitutto, è necessario soffermarsi sulla funzione rieducativa della pena; quest'ultima non solo caratterizza il sistema sanzionatorio penalistico, ma rappresenta, altresì, un criterio guida per la realizzazione della c.d. prevenzione speciale, attraverso cui l'ordinamento mira ad evitare che il soggetto torni a delinquere.

Invero, l'art 27 della Costituzione pone al terzo comma il principio secondo il quale la pena deve tendere alla rieducazione.

La dottrina¹⁵, in un primo momento, ha tentato di "svuotare" parzialmente il significato letterale del dato normativo, ritenendo che la rieducazione, diversamente dalla retribuzione, non è una funzione essenziale della pena, ma solo eventuale e resterebbe piuttosto confinata ad una fase esecutiva.

Altra parte della dottrina¹⁶, ha diversamente argomentato, ritenendo che una valutazione restrittiva del principio, avrebbe sminuito la portata innovativa del precetto costituzionale, mortificando la *voluntas legis*.

Più nel dettaglio, il legislatore ha voluto costituire un congegno giuridico che determinasse una collaborazione volontaria del reo, il quale a seguito della sanzione comminatagli, è teso a riappropriarsi dei valori della convivenza, alla luce delle strutture e metodologie poste a disposizione dall'ordinamento penale.

Inoltre, la sanzione penale letta alla luce del principio costituzionale è dotata di connaturata versatilità, tanto da consentire di essere adattata alle caratteristiche soggettive del destinatario.

D'altro lato, momento indefettibile della pena, appare essere altresì la sua funzione retributiva, da intendersi come strumento volto a compensare per il "male arrecato", che va conciliata con la rieducazione del condannato, rieducazione che, in base ad alcune obiezioni, prescinderebbe del tutto dalla commissione di un fatto, ma dipenderebbe dalla esclusiva natura del reo.

¹⁵ PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, Giuffrè editore, 1950, Riv. It. Dir. Pen., p.593; SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè editore, 1966, p.156; GROSSO, *Responsabilità penale*, p. 719; BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1963, p.15.

¹⁶FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale parte generale*, edizione 2019, cit.748

Ora, l'idea di una retribuzione così intesa, appare difficilmente combinabile con una risocializzazione, in quanto le pene da un lato devono ricompensare effettivamente e proporzionalmente al fatto commesso, dall'altro devono prevedere profili di risanamento nell'agire del reo nella sfera soggettiva così intesa.

In realtà le preoccupazioni illustrate sembrerebbero vivere solo teoricamente.

Che il terzo comma dell'art 27 intenda tacitamente anche la necessità che lo strumento risocializzante venga rapportato con il disvalore della condotta, è una lettura largamente condivisa in dottrina; infatti, appare opportuno leggere il dettato costituzionale in combinato disposto con l'art 25, comma secondo¹⁷, che configura la pena come effetto giuridico di un fatto criminoso e dunque "presupposto della stessa pretesa rieducativa non può che essere [...] l'aver commesso un fatto socialmente dannoso da parte del soggetto da rieducare"¹⁸.

Da ultimo, a ben intendersi, l'idea di risocializzazione non mira ad un pentimento interiore del soggetto destinatario della misura punitiva, quanto piuttosto, al riattivare il rispetto di quei principi fondamentali della vita sociale.

Al fine di adeguarsi al dettato costituzionale, il legislatore ha provveduto ad introdurre, successivamente all'entrata in vigore del codice Rocco, diversi strumenti volti a dare concreta attuazione al principio penalistico.

Non si può prescindere, tuttavia, dalla presa di coscienza circa l'esistenza del sistema carcerocentrico italiano, ove la pena detentiva, pur dovendo essere considerata l'*extrema ratio*, nella prassi punitiva trova maggiore applicazione rispetto alle ulteriori sanzioni di cui il giudice può servirsi in sede di valutazione.

Di conseguenza, il legislatore ha ben proceduto alla riforma dell'ordinamento penitenziario con la legge n.354/1975, con cui ha introdotto misure *latu sensu* alternative alla detenzione e inserito l'istituto del trattamento penitenziario, attraverso il quale, in concreto, si è voluto adeguare, al momento dell'entrata nella struttura carceraria, la sanzione penale con la personalità del detenuto.

Attraverso lo strumento citato, inoltre, si è tentato di stimolare la coltivazione dell'istruzione attraverso l'inizio e la prosecuzione degli studi ed infine i detenuti sono stati incentivati ad esercitare attività lavorative intramurali ed extramurali.

¹⁷"Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso."

¹⁸FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., p.746

Tuttavia, dalla semplice previsione alla realtà carceraria affiorano le difficoltà manifestatesi nel corso degli anni, per via della sopravvenuta sfiducia circa l'effettivo funzionamento delle pene extracarcerarie, soprattutto in ragione della fenomenologia criminale, tendente oggi a concretizzarsi in condotte particolarmente pericolose socialmente e in realtà complesse, difficilmente punibili con strumenti tipici penalistici.

In conclusione, dalla sintetica analisi emerge un sistema penalistico-punitivo incentrato su principi costituzionali ben radicati, di cui in concreto se ne ricerca l'attuazione, anche attraverso strumenti che scongiurino la sola "punizione", ma inevitabilmente incentrati al "recupero" della persona, concepita nella sua sfera di individualità.

Ed è proprio da quest'ultimo aspetto che nascono e si coltivano profili di criticità.

2. Criticità del sistema repressivo alla luce della percezione dell'illegalità: il periodo Mani-Pulite

La corruzione costituisce un fenomeno criminologico di particolare complessità, che nel tempo ha subito una profonda metamorfosi strutturale: nato come forma di criminalità episodica e discontinua, oggi, coinvolge vertici amministrativi, politici, enti economici nazionali ed internazionali, e assume una forma sistemica e diffusa.

Il cambiamento nella struttura, della prassi criminologica di cui si sta trattando, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo, ha comportato una variazione del bene giuridico tutelato: data l'ampiezza del fenomeno, la tutela penale non può essere rivolta esclusivamente al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa, ma anche ad interessi connessi all'economia pubblica e all'apparato politico-istituzionale statale e sovranazionale.

Si tenga, inoltre, presente che il consolidamento di tale prassi all'interno di uno Stato dà luogo ad una distribuzione irrazionale di ricchezza economica, poiché viene

concentrata nelle mani di coloro che partecipano a tale sistema corrotto a scapito di chi, contrariamente, ne è escluso.¹⁹

Date, dunque, tali brevi premesse, apparirebbe ragionevole porsi alcune domande sul perché le statistiche riportano una cifra di corruzione denunciata particolarmente inferiore rispetto all'ampiezza e gravità fenomenica.²⁰

La corruzione, in realtà, consistendo in un *pactum sceleris* tra due soggetti, per il quale il primo accetta dal secondo un compenso a lui non dovuto relativo alle proprie mansioni²¹, fa fatica ad uscire allo scoperto in assenza di un pentimento dell'una o dell'altra parte.

Diverse e numerose sono le ragioni, di seguito esposte, per le quali il fenomeno della corruzione emerge diversamente e in misura minore rispetto ad altri reati.

In primo luogo, si tratta di un reato sinallagmatico che, da un lato, ha natura vantaggiosa per il corrotto ed il corruttore, e dall'altro il rimprovero penale è rivolto ad entrambi i soggetti, trattandosi di una fattispecie necessariamente plurisoggettiva, e tale elemento ne rafforza il rapporto.

In secondo luogo, le prassi corruttive presentano due tipiche caratteristiche: la serialità e la diffusione.

Per quanto attiene alla prima, tale fenomeno si presenta come seriale: coloro che eseguono condotte riconducibili alla fattispecie di corruzione, tendono a commetterle ogni qual volta ne hanno occasione, assicurati da una ragionevole certezza circa l'impunità.

Per quanto attiene alla seconda, la corruzione è un reato diffuso, perché coloro che prendono parte all'accordo corruttivo tendono a coinvolgere altri soggetti, al fine di assicurarsi la futura commissione di patti illeciti ed evitare di essere scoperti, creando dunque una rete fitta di partecipanti al *pactum*.²²

¹⁹ Sull'analisi introduttiva della corruzione si veda CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica, verso un modello di contrasto integrato*, Itinerari di diritto penale, DOLCINI, FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, SGUBBI (collana diretta da), Giappichelli Editore, Torino, 2012, p.1 ss.

²⁰ Sul punto si veda CINGARI, *repressione e prevenzione*, cit. p. 18

²¹ Sul punto si veda DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Editori Laterza, Bari, 2017, p. 10

²² Sul punto si veda DAVIGO, *IBIDEM*.

La scarsa propensione alla denuncia è conseguenza ulteriore del fatto che si tratta di reati “a vittima muta”: in altre parole, mancherebbe un soggetto che porti a conoscenza dell’ autorità giudiziaria i fatti di rilevanza penale.²³

Infine, non si può non sottolineare che, talvolta, viene effettuata una concreta valutazione di costi-benefici: la tangente, nell’ottica di un imprenditore, non rappresenta un vero e proprio “costo”, poiché esso viene riassorbito attraverso una revisione dei prezzi dei beni in commercio ovvero, a titolo esemplificativo, viene traslato sulla collettività attraverso la fornitura di beni e servizi di qualità inferiore rispetto a quanto pattuito.²⁴

Ciò spiega perché, nel periodo che si sta per analizzare, come già sottolineato, le denunce effettuate rispetto al numero di reati e ai soggetti coinvolti, furono significativamente inferiori.

I rapporti che si instaurano tra i soggetti inseriti nella struttura della corruttela, talvolta, facilitano la commissione di ulteriori reati: appare errato considerare la corruzione come un fenomeno a sé, poiché, date le caratteristiche accennate, non di rado risulta collegato ad ulteriori ipotesi delittuose, quali, ad esempio, i reati in materia fiscale, il riciclaggio o la turbativa d’asta.²⁵

Si consideri, inoltre, che di fatto il fenomeno della corruzione non può essere considerato come una “devianza individuale” ma va inteso come un sistema criminale, parificabile alla criminalità organizzata, per struttura, contesto omertoso, sommersione e danni sociali.²⁶

²³ Si consideri che la qualificazione di reati “a vittima muta” non sta a significare che la vittima non esiste: le vittime della corruzione, sia pubbliche che private, ci sono; tuttavia, essendo un reato-contratto, bilateralmente illecito e caratterizzato da una “privatezza” della realizzazione, difficilmente si risolve in una denuncia. Sul punto DAVIGO – MANNOZZI, *La corruzione in Italia, percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, 2007, Bari, p. 32 ss.

²⁴ Sul punto si veda DAVIGO – MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, IBIDEM

²⁵ Sul punto si veda DAVIGO, *il sistema della corruzione*, cit. p. 12

²⁶ Sul punto si veda DAVIGO, *il sistema della corruzione*, cit. p. 80, che, parificando la corruzione alla criminalità organizzata, illustra la correttezza e idoneità della custodia cautelare quando si verificano tali reati. Inoltre, pur essendo, mafia e corruzione, “industrie” che si occupano di beni differenti, i servizi da loro forniti sono utili l’un l’altra: “gli accordi di corruzione e scambi politici ed elettorali sono rinsaldati dalla tutela mafiosa, che garantisce nel contempo l’omertà: significativamente, le confessioni incrociate di corrotti e corruttori, che hanno dato all’inchiesta “Mani Pulite” una grande forza propulsiva nel resto d’Italia, hanno segnato il passo nelle aree a più alta densità mafiosa. La partita è perciò unica: il contrasto al crimine organizzato deve accompagnarsi al contrasto alla corruzione e viceversa.” P.90-91.

Al pari di un “mercato illegale”, di conseguenza, la corruzione richiede un “autoregolamentazione”: chi partecipa alla corruttela non può chiedere il rispetto delle regole all’autorità giudiziaria, o ricorrere alle consuete forme di tutela legale, pertanto, detta “tutela” è lasciata al mercato stesso.²⁷

Tuttavia, l’espansione del mercato illegale porta con sé un’ulteriore conseguenza: gestire un sistema troppo esteso richiede l’intervento di soggetti che siano in grado di intervenire coattivamente; ed è qui, che, come si è già anticipato, le ipotesi corruttive si fondono con la criminalità organizzata, che attraverso l’intimidazione e la violenza garantisce il segreto sulle attività illecite.²⁸

Infine, su un piano prettamente normativo, fino all’intervento della legge 190/2012, l’ambito delle fattispecie corruttive non era stato di particolare interesse per il legislatore, il quale era intervenuto non di rado sul testo normativo dei reati contro la Pubblica Amministrazione, lasciando in disparte volontariamente tali ipotesi delittuose.

Prima della legge Severino, infatti, esisteva nella sistematica del delitto di corruzione una costante: l’oggetto del mercimonio consisteva in un atto d’ufficio, conforme ovvero contrario, e in un atto giudiziario.

Dunque, l’epicentro delle fattispecie corruttive era rappresentato dall’esistenza di un atto, ma la storia, come a breve si vedrà, ha dimostrato che il fenomeno della corruzione, già prima dell’intervento legislativo, era spesso svincolato dal singolo atto e piuttosto riferito al compimento di atti talvolta individuati solo nel genere; altre volte, invece, l’atto in sé considerato non ricorreva, poiché il corruttore asserviva un pubblico funzionario, versando a quest’ultimo denaro anche per una benevolenza futura.

²⁷ Sul punto si veda DAVIGO, *il sistema della corruzione*, cit. p. 85, che richiama, a titolo esemplificativo, l’esclusione di un’impresa da successivi appalti, quando non versa la tangente promessa.

²⁸ Nella relazione sulle risultanze dell’indagine del Gruppo di lavoro della Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia istituito con la L.94/1988 si legge: i gruppi mafiosi “tollonano” il potere politico e talvolta uomini di partito non riescono a sottrarsi alla tentazione di acquisire “pacchetti” di consensi elettorali che a loro vengono offerti; forti interessi sono presenti nel settore degli appalti pubblici con un conseguente intreccio così stretto fra cattiva gestione amministrativa, rapporti con personaggi pubblici della dilinquenza, minacce e violenze [...]. La proliferazione delle cosche e una loro conflittualità interna riconducono alla esigenza della dilinquenza organizzata [...]. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, cit. p. 88; che richiama TRANFAGLIA, *Mafia, politica e affari*. 1943-91, Laterza, Bari, 1992.

Tanto basta per comprendere, anche su un piano giuridico, quanto sia risultato complesso, soprattutto nella vicenda “Mani Pulite”, per la magistratura adeguare le condotte in concreto verificatesi, con il ventaglio di fattispecie concernenti le ipotesi corruttive.

In ragione della difficile tracciabilità e perseguibilità di reati di tal genere, nell’ultimo decennio si è tentato di affiancare allo strumento repressivo delle procedure di prevenzione, istituendo l’Autorità Nazionale Anticorruzione e avviando modalità di responsabilizzazione dei singoli nell’apparato amministrativo.

Tuttavia, da ultimo, il legislatore ha provveduto attraverso la L. n. 3/2019 ad introdurre apparati sanzionatori più gravosi, ritenendo quest’ultimo aspetto importante ai fini di un concreto contrasto a tale fenomenologia criminale.

I cambiamenti di rotta che si sono succeduti in questi anni rappresentano la “prova” relativa all’incertezza sul concreto strumento che debba essere considerato più idoneo per reprimere la corruzione e i reati ad essa collegati.

2.1. I cenni storici sull’epoca di Tangentopoli: fatti, persone e opinione pubblica

Poco più di un ventennio fa, si è assistito ad una osannata caccia ai corrotti e corruttori, che ha condotto a risultati preoccupanti circa la corretta amministrazione della *res publica*.

Più nel dettaglio, il 17 febbraio del 1992 rappresenta una delle date storiche più rilevanti sul piano politico-giudiziario, poiché diede inizio all’era di Tangentopoli, diversamente denominata Mani-pulite, che portò a galla il c.d. “mondo sommerso”.

L’inchiesta fu guidata dall’allora Sostituto Procuratore Antonio Di Pietro, il quale raccolse, pochi giorni prima della suddetta data, una denuncia per concussione proveniente da un piccolo imprenditore Luca Magni a carico di un esponente del partito socialista italiano e dirigente di una casa di riposo milanese, Mario Chiesa.

Ciò che appariva, *prima facie*, un qualsivoglia episodio di corruzione, offrì un indice di misurazione elevato del malaffare e mise in luce come tale fenomeno fosse diventato da occasionale a sistemico, decretando il destino della prima Repubblica Italiana.²⁹

Successivamente all'arresto dell'imprenditore milanese, seguirono 4.525 arresti, 25.400 informazioni di garanzia, che videro coinvolti 1.100 parlamentari e uomini politici.

Preliminarmente, è possibile delineare le ragioni del successo dell'inchiesta di "Mani Pulite".³⁰

Nell'evoluzione della vicenda, l'autorità giudiziaria è riuscita ad innescare una reazione a catena già nella fase iniziale. Questo aspetto ha fatto crollare il muro di omertà, e ha generato un ventaglio di inchieste che sbalordì gli stessi inquirenti, i quali si trovarono dinanzi ad un effetto domino di chiamate in correità, per cui ogni tessera determinava la caduta di quella successiva.

A distanza di poco tempo dalla prima operazione, infatti, grazie alle ammissioni di Mario Chiesa, dettate da un "abbandono" da parte del partito di appartenenza, ebbero inizio le confessioni a catena di imprenditori, politici, funzionari della pubblica amministrazione, che svelarono una catena ben solida di corruzione politica, basata interamente sullo scambio di tangenti e di finanziamenti illeciti ai partiti politici.

Più precisamente, il sistema trovava fonte in un accordo tra partitocrazia e cartello di imprenditori, in forza del quale, i politici ottenevano finanziamenti ai rispettivi partiti e di contro gli imprenditori erano agevolati nell'aggiudicazione di appalti pubblici, sbaragliando la concorrenza.

L'allargamento a macchia d'olio sul territorio italiano, di conseguenza, ha altresì velocizzato la procedura di acquisizione di informazioni e di iscrizione di notizie di reato: gli imprenditori e funzionari pubblici, talvolta, si presentavano spontaneamente dinanzi all'autorità giudiziaria, con lo scopo di ottenere un trattamento sanzionatorio più mite, anche fornendo informazioni su illeciti non ancora emersi.

²⁹ Emblematico dell'intera vicenda fu la dichiarazione che Il 3 luglio del 1992, dopo mesi di arresti concatenati, rese il leader socialista Bettino Craxi dinanzi alla Camera dei deputati, in cui manifestò pubblicamente l'esistenza di un sottosistema di corruzione radicato e condiviso, ove "*buona parte del finanziamento politico si formava in maniera irregolare o comunque illegale*".

³⁰ Sulle ragioni si veda PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana "Mani Pulite"*, in Riv. Trim. dir. Pen. Ec., 1997, p.1111 ss.

La reazione a catena fin qui esposta, fu accelerata da un ulteriore elemento: talvolta, l'autorità giudiziaria perseguiva il reato di corruzione successivamente alla sua scoperta per il tramite di reati-presupposto o, comunque, connessi, come il falso in bilancio, la ricettazione, il riciclaggio di denaro o l'abuso d'ufficio.

Una ulteriore causa del successo di tale vicenda è rinvenibile nell'unidirezionalità dell'opinione pubblica: è, infatti, necessario sottolineare che l'intero caso giudiziario fu attentamente seguito e commentato dal popolo italiano, ampiamente schierato dalla parte dei magistrati, ragion per cui la stampa contribuì, in un certo qual modo, all'evoluzione delle investigazioni, perché si apprestava in tempo reale a riportare i nomi dei soggetti sottoposti ad un interrogatorio ovvero di coloro che avevano già proceduto ad una confessione.

Tutto ciò influenzò, senza alcun dubbio, quell'effetto domino di cui si è precedentemente parlato, poiché un qualsivoglia imprenditore che avesse avuto conoscenza di una dichiarazione da parte di altro soggetto, immaginandone l'esito negativo, procedeva a presentarsi spontaneamente per rilasciare delle relative dichiarazioni.

Una terza ragione per cui l'intera inchiesta ha avuto particolare successo, è collegata alle modalità d'azione del "pool di mani pulite": i magistrati fecero un attento uso delle regole processual-penalistiche, in modo da renderle funzionali al caso di specie.

In particolare, numerosi furono i casi in cui si fece utilizzo della carcerazione preventiva delle persone sottoposte alle indagini, perché se ne riscontravano i relativi presupposti delineati all'art 274 c.p.p.,³¹ fin quando l'indagato non si fosse deciso a confessare.

³¹*Le misure cautelari sono disposte:*

a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti;

b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto e attuale pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione. Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede;

c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi

Talvolta, fu “selezionato” anche il momento più opportuno per portare a conoscenza esterna la richiesta di rinvio a giudizio, prevedendo gli effetti che tale comunicazione avrebbe apportato alle indagini in corso di svolgimento.

Tuttavia, le stesse motivazioni fin qui esposte, costituiscono anche i limiti della vicenda giudiziaria.³²

In primo luogo, l’aver innescato una reazione a catena, che ha fatto emergere un numero elevato di soggetti coinvolti negli accordi corruttivi, ha avuto come conseguenza una crescita esponenziale di notizie iscritte all’interno del registro di reato, in virtù del principio di obbligatorietà dell’azione penale³³; a rigor di logica, ogni qual volta emergeva *una notitia criminis* la pubblica accusa era tenuta a procedere nei confronti del presunto autore del reato. In questo modo, tuttavia, si è determinato un sovraccarico esponenziale della macchina della giustizia che ha causato, a sua volta, la prescrizione della quasi totalità dei reati.

In secondo luogo, l’utilizzo processuale dei “mass media” ha, talvolta, posto come rischio, la violazione delle regole sul segreto degli atti di indagine, lasciando trapelare notizie non consentite.

Si tenga conto, inoltre, che l’eccessiva esposizione di un magistrato conduce alla pressoché corrispondente esposizione del suo operato, tanto da sfociare in presentazione di denunce per illeciti disciplinari o addirittura per taluni reati (ad esempio l’abuso d’ufficio o, ancora, l’omissione di atti d’ufficio).

Infine, l’utilizzo di regole funzionali all’accertamento degli illeciti penali, in alcuni casi, può dar luogo ad una forzatura psicologica e anche involontaria della norma processuale ed il confine tra uso corretto della misura cautelare in carcere o distorto della stessa è labile, soprattutto quando viene utilizzata per ottenere confessioni o chiamate in correità.

di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.”

³² Sulle motivazioni concernenti i limiti si veda PAGLIARO, *la lotta contro la corruzione*, cit., p.1113 ss.

³³ Art. 112 Cost: “il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”.

La stagione di Mani pulite, tuttavia, va analizzata anche dal lato dei soggetti sottoposti alle indagini, che a causa della pressione mediatica procedettero a compiere gesti disperati.

Il 16 giugno del 1992 l'ex segretario del Partito socialista italiano Renato Amorese si tolse la vita, lasciando diverse lettere in cui ammetteva di non riuscire a reggere la vergogna derivante dalla lettura del proprio nome sulle intestazioni giornalistiche.

Dopo sei mesi dall'inizio di Tangentopoli, venne recapitata all'allora presidente della Camera Giorgio Napolitano una lettera di suicidio di Sergio Moroni, un deputato socialista.

Moroni denunciò le modalità con cui veniva trattata la vicenda giudiziaria, attraverso cronache giornalistiche e televisive che distruggevano l'immagine delle persone coinvolte sulla base di affermazioni e dichiarazioni rese da altri.

Il diritto all'informazione, come sottolineò Morone, va bilanciato con i diritti delle persone e delle loro famiglie.

Le persone implicate nelle indagini, più che il carcere, temettero gli sguardi e i giudizi di un'intera popolazione; mani pulite divenne un vortice mediatico - giudiziario, in cui il solo sospetto di aver partecipato al sistema delle tangenti costituiva una prova al di là di ogni ragionevole dubbio, distruggendo, in tal modo la carriera politico-impresoriale dei soggetti coinvolti e conducendo molti di loro a prendere una decisione con esiti drammatici.

Al di là del panorama politico ampiamente colpito, il settore imprenditoriale subì uno scandalo dai contorni indefinibili a causa delle indagini relative alla società Enimont. Nel marzo del 1993, infatti, le indagini di mani pulite portarono a galla la tangente più corposa dell'inchiesta, centocinquanta miliardi di lire, che erano stati il frutto della fusione mediata da Sergio Cusani tra la Montedison e l'Eni, due colossi a cui facevano capo Raul Gardini e Gabriele Cagliari.

Gabriele Cagliari decise di togliersi la vita nel carcere di San Vittore, accusando le modalità con cui i magistrati procedevano alle indagini.

Allo stesso modo, tre giorni dopo il suicidio di Cagliari, anche Raul Gardini decise di togliersi la vita, pur non essendo ancora stato sottoposto ad alcuna misura cautelare in carcere.

2.2. Il processo sulla posizione rivestita: rilievi critici sulla perseguibilità di condotte ascrivibili a strutture complesse e le proposte di riforma

Il 17 dicembre 1993 ebbe inizio il processo nei confronti di Sergio Cusani, ove fu richiesto l'esame di politici e imprenditori in qualità di imputati in procedimenti connessi o collegati, e rappresentò l'emblema della stagione di Mani Pulite.

Dal punto di vista prettamente processualistico, l'accusa prendeva le mosse da un criterio a carattere meramente oggettivo, costituito dall'ipotesi secondo cui l'imputato "non poteva non sapere" quali vicende illecite si svolgessero all'interno dell'apparato aziendale, in ragione del ruolo apicale che lo stesso rivestiva.

Già la qualifica di amministratore, rappresentante o direttore della società rappresentava una presunzione di conoscenza che non meritava necessariamente di essere supportata da ulteriori elementi di prova.

Con particolare riguardo alle vicende che coinvolsero Bettino Craxi, l'informazione di garanzia a questi recapitata, rimandava all'assunto per cui egli doveva avere conoscenza, almeno nelle linee generali, dell'esistenza di somme illecitamente pervenute al partito, poiché egli ne rappresentava il segretario.

Da tali premesse, è necessario prendere le mosse al fine di effettuare un chiarimento logico-giuridico.

Il sintetico riferimento al criterio del "non poteva non sapere" finisce per costituire una *probatio diabolica* per l'imputato, nei cui confronti opera un'inversione dell'onere della prova. Questo meccanismo, tuttavia, sconvolge i canoni ermeneutici di impostazione dell'accusa in un processo penale, ove la parte "pubblica" è incaricata dell'onere probatorio e l'imputato è chiamato, qualora non si avvalga del diritto al silenzio, a palesare la propria difesa.

L'accusa non deve e non può, dunque, incaricare l'imputato di "dimostrare" la sua estraneità ai fatti storici di rilevanza penale, ma dev'essere già da sé sufficiente, sia ai fini dell'instaurazione del processo sia ai fini della prosecuzione dello stesso.

Inoltre, di fronte a questa nuova forma di criminalità, i presidi giuridici dal punto di vista penalistico risultarono insufficienti.

In primo luogo, le fattispecie incriminatrici presenti nel codice penale non erano idonee per la perseguibilità del fenomeno corruttivo, poiché erano, come si è precedentemente sottolineato, legate al compimento di atti d'ufficio, fossero essi conformi o contrari alla legge.

Il fenomeno analizzato, diversamente, non presupponeva alcun atto determinato, ma si presentava nelle forme di corruzione sistematica,³⁴ e causò non pochi problemi applicativi, poiché risultava difficile il *discrimen* con la fattispecie di concussione ex art. 317 c.p.

Quest'ultima infatti, presuppone non un rapporto sinallagmatico, ove la volontà di entrambi i soggetti dà luogo all'accordo illecito, ma una qualche forma di coartazione della volontà della controparte privata.

Nell'ambito di Tangentopoli, le difficoltà emersero soprattutto con il riconoscimento giurisprudenziale della "concussione ambientale, attraverso la quale si facevano ricondurre all'interno dell'art 317 c.p. tutti quei casi in cui il pagamento della tangente avveniva sulla base di prassi consolidate a cui il cittadino era convinto di doversi attenere³⁵".

La conseguenza sul piano pratico fu che facendo leva su indizi sfuggenti, veniva riquilibrato il fatto da corruzione a concussione, determinando l'assoluzione di una delle due parti.

Il Pool di magistrati effettuò una proposta in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento ai partiti, c.d. Progetto Cernobbio, di cui i punti salienti sono di seguito esposti.

In particolare, i magistrati richiesero l'abrogazione della fattispecie di concussione, facendo traslare l'ipotesi di concussione per costrizione all'interno della fattispecie di estorsione aggravata e l'ipotesi di concussione per induzione all'interno del nuovo reato di corruzione.

In aggiunta, si promuoveva l'introduzione di una fattispecie di corruzione attiva e passiva, comprensive delle ipotesi precedentemente contemplate di corruzione propria

³⁴ Sul punto si veda DAVIGO – MANNOZZI, *La Corruzione in Italia*, cit., p.264

³⁵ Amore, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistematica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, Criminalia, Annuario di scienze penalistiche, 2019, p.5 ss.

e impropria, antecedente e susseguente e la sostituzione del millantato credito previsto all' art 346 c.p. con la fattispecie del "vantato credito".³⁶

I magistrati proposero, inoltre, l'abrogazione della fattispecie autonoma di corruzione in atti giudiziari di cui all'art 319-ter c.p., l'inasprimento delle pene principali e delle pene pecuniarie.

Il punto più interessante della proposta è rappresentato dall'art 321 c.p. rubricato "causa di non punibilità per la corruzione"³⁷.

Tale sistema innovativo (ripreso e riformulato da ultimo dalla legge n.3/2019³⁸) prevedeva da un punto di vista cronologico-temporale, che uno dei due soggetti autori del patto si autodenunciava volontariamente prima dell'iscrizione della notizia di reato nel registro generale e comunque non oltre tre mesi dalla commissione del fatto, fornendo notizie utili per l'individuazione degli altri responsabili.

La norma sottolineava, infine, che la punibilità dei soggetti era subordinata alla condizione che entro tre mesi il corrotto mettesse a disposizione dell'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto ovvero che il corruttore, nel medesimo termine, mettesse a disposizione una somma pari a quanto versato.³⁹

Ampie critiche furono rivolte proprio all'introduzione della causa di non punibilità, che fu valutata come strumento poco compatibile con uno stato di diritto, somigliante ad un impianto di tipo poliziesco e che spingeva ad un rigore repressivo delle sanzioni e ad un esasperato intervento delle misure premiali.⁴⁰

³⁶GROSSO, *l'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli; il progetto anticorruzione Mani Pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. Pen.*, 1994, pp. 2341 ss.

³⁷ L'articolo può essere consultato in *Proposte in materia di prevenzione e di illecito finanziamento ai partiti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, 1025 ss.

³⁸ L'art. 323-ter c.p., rubricato "causa di non punibilità" prevede che: "non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146"

³⁹ Sul punto GROSSO, *l'iniziativa di Di Pietro*, cit. p. 2342

⁴⁰MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1996, 463 ss.

In particolare, una parte della dottrina rilevò che, per le caratteristiche proprie della corruzione, tra cui gli intrecci che caratterizzano le pratiche corruttive e il perdurante rapporto instauratosi tra corrotto e corruttore, l'utilizzo di cause di impunità per il pentito che avesse deciso di denunciare i correi, sarebbe apparso come inutile ovvero avrebbe costituito un pretesto per aggravare quelle prassi di ricatti e controricatti.⁴¹

In questa sede, i magistrati del pool, pur avendo limitato cronologicamente le tempistiche per effettuare la relativa denuncia, e dunque in parte arginato il rischio di tale prassi, avrebbero ugualmente fornito, al corrotto e al corruttore uno strumento per "premere" il correo ad effettuare ulteriori pratiche corruttive o a pagare ulteriori tangenti.

Inoltre, i magistrati richiesero che la collaborazione avvenisse "spontaneamente" prima della scoperta del reato; tuttavia, analizzando l'esperienza di tangentopoli, la causa di non punibilità sarebbe risultata inconcludente poiché la pratica di chiamate in correità avveniva quando i soggetti si trovavano in stato di custodia cautelare o comunque, erano stati già indagati.

Piuttosto, al fine di arginare la corruttela, più logico appariva ricorrere a strumenti extrapenali, attraverso meccanismi di controllo nelle pubbliche amministrazioni e nelle società.⁴²

Occorre, infine, porre attenzione su un ultimo profilo di criticità: la proposta Cernobbio non si concentrò in alcun punto sulla questione della responsabilità delle società che erano state coinvolte nei fatti di corruzione e finanziamento illecito ai partiti politici, lasciando in disparte apertamente una delle problematiche che erano sorte durante le indagini giudiziarie, in cui fu affermata la responsabilità penale dei soli soggetti posti in posizione apicale all'interno della struttura societaria.

Il progetto Cernobbio non fu accolto positivamente dalla dottrina e non fu, dunque, realizzato, ma senza alcun dubbio è il risultato di un periodo storico in cui la lotta alla corruzione aveva fatto emergere l'insufficienza degli schemi penalistici presenti nell'ordinamento giuridico e reclamava un cambiamento drastico.

⁴¹GROSSO, *l'iniziativa di Di Pietro su Tangentopoli*, cit. 2341 ss.

⁴²MOCCIA, *Il ritorno alla legalità*, cit., 463 ss.

3. Gli obiettivi di prevenzione del legislatore e la strumentalità degli schemi repressivi nelle strutture complesse

Al fine di una corretta comprensione delle motivazioni sottostanti l'esigenza di una responsabilità penale delle società, è necessario prendere atto di una generale inadeguatezza del diritto penale tradizionale a fronteggiare la criminalità d'impresa.

A partire dall'analisi svolta al paragrafo precedente, emerge come punta di un iceberg l'evidente complessità dell'evolversi della prassi criminale, ove la condotta incriminata, talvolta, risulta imputabile non ad un soggetto determinato, come espressione di una sua autonoma volontà, ma ad una struttura complessa di cui tale soggetto è parte.

Le ordinarie modalità di individuazione dei soggetti penalmente responsabili, dunque, iniziano ad apparire insufficienti proprio quando si è dinanzi a reati commessi all'interno di organizzazioni complesse perché, come la dottrina ha più volte sottolineato, "la persona fisica, non la persona giuridica, può commettere reati".⁴³

L'affermazione poc'anzi riportata è frutto di una visione classica del diritto penale: la colpevolezza, l'azione, o ancora, la pena, sono istituti conianti sulla persona fisica, in quanto unico soggetto nei cui confronti è possibile muovere un rimprovero penale e applicare lo strumento repressivo, nel rispetto del principio rieducativo.

Tuttavia, escludere aprioristicamente una responsabilità penale delle persone giuridiche si risolverebbe nell'ammettere per quest'ultime degli ampi spazi di impunità e dei vuoti di tutela nei confronti di beni giuridici meritevoli di protezione da parte del legislatore.

L'inchiesta di "Mani Pulite", infatti, aveva fatto emergere una prassi criminale che aveva leso non solo il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, ma anche l'economia pubblica e la concorrenza tra imprese.

Lo stretto legame, che fondava le proprie radici in un concomitante e pregresso quadro collusivo, era stato instaurato tra soggetti di medio-alto ceto sociale, durante lo

⁴³ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico-dogmatico*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2007, p. 445.

svolgimento delle proprie funzioni pubbliche o private ed in particolare, all'interno di strutture complesse.

Nell'ambito della propria attività, il reato di corruzione o le ipotesi ad esso collegate, non erano, di fatto, nient'altro che un semplice costo: per i politici e per le imprese, le condotte corruttive risultarono il frutto di un bilanciamento tra costi della ipotetica pena e benefici apportati dal reato.

Più nello specifico, soprattutto nella vicenda che coinvolse la società Enimont, la struttura societaria non risultava costituita con l'unico scopo di commettere reati, ma la condotta illecita era frutto di una valutazione sulla gestione, in cui risultava calcolato anche l'eventuale costo della sanzione.⁴⁴

Tuttavia, come si è già rilevato al paragrafo precedente, le prassi criminali istauratesi tra le due sopracitate categorie erano state imputate ai formali rappresentanti: deputati e segretari dei partiti o amministratori delle società.

In tale contesto, dunque, l'insufficienza del diritto penale tradizionale aveva condotto ad una irrisoria funzione dello strumento punitivo: "Non di rado, infatti, gli amministratori hanno rappresentato nella fenomenologia criminale d'impresa semplici teste di paglia prive di autonoma volontà, e di cui la società si è spesso avvalsa per perseguire una politica d'impresa orientata in senso criminale: tant'è vero che sovente, dopo la scoperta giudiziale del fatto, tali soggetti venivano rimossi e la condotta criminosa veniva reiterata"⁴⁵.

La "rivoluzione" normativa avutasi con il d.lgs. 231/2001, attraverso cui è stata affermata una responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dipendente da reato, ha sopperito ad una profonda esigenza di politica criminale, connessa alla constatazione dei sempre più evidenti rischi collegati alla moderna attività imprenditoriale.

⁴⁴ Oltreoceano, il caso più emblematico scaturito da un bilanciamento costi-ricavi fu *Grimshaw v. Ford Motor Company* del 1981; la Ford aveva messo in commercio delle autovetture che avevano causato numerosi danni fisici ai conducenti ed ai passeggeri, pur avendo conoscenza del difetto di fabbrica delle stesse. La scelta di non procedere all'immediato ritiro dal commercio era giustificata da un bilanciamento costi-ricavi, poiché il "costo" del ritiro sarebbe stato più elevato rispetto al mantenimento in commercio del prodotto stesso. SCHWARTZ, *the Myth of the Ford Pinto Case*, 43 Rutgers L. Rev., 1990-1991p., 1013 ss.

⁴⁵ MARINUCCI, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2003, 1193 ss.

Tuttavia, antecedentemente a tale intervento, in assenza di una disciplina idonea a fronteggiare la realtà criminale economica, ed in presenza di numerosi ambiti che richiedevano una protezione giuridica adeguata (come la tutela dell'ambiente o la sicurezza sui luoghi di lavoro) è, non di rado, intervenuto l'interprete.⁴⁶

In particolare, questi è stato chiamato ad applicare strumenti ideati e rivolti a condotte monosoggettive, in virtù della visione antropomorfa del diritto penale, alla struttura di una società, composta da un consiglio di amministrazione ed altri organi interni, dove le singole persone tendono a sfumare dietro il paravento della collegialità.⁴⁷

Tuttavia, il giurista è chiamato ad evitare l'applicazione occulta o camuffata di forme responsabilità oggettiva o da posizione: in quest'ultimo caso, non di rado, ed in particolare nella giurisprudenza statunitense, si è utilizzata la formula della "*vicarious liability*" attraverso la quale si è imputata all'ente ogni condotta criminogena commessa dai componenti, fossero questi suoi diretti rappresentati ovvero semplici dipendenti.⁴⁸

La persona giuridica, dunque, nell'ottica della *vicarious liability* è responsabile *tout court* per i reati che vengono determinati al suo interno.

Nell'ordinamento italiano, la preminenza di principi costituzionali orientati alla responsabilità penale della persona fisica, hanno a lungo condotto ad un rigetto dogmatico della punibilità di apparati collettivi, sulla base del noto brocardo secondo il quale *societas delinquere non potest*.

Tuttavia, al di là degli appigli dogmatici che richiamavano l'impossibilità di superamento del dogma, la risposta punitiva individuale non conduce ad alcun risultato sul piano dell'effettività della risposta sanzionatoria: nel caso della corruzione, come si è precedentemente riportato, lo strumento punitivo è una semplice variante e l'unica via percorribile non rimane che quella di intervento sull'attività di impresa in una chiave squisitamente preventiva.⁴⁹

⁴⁶ Sul punto si veda GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, 2020, Capitolo XXXI, p.799

⁴⁷ Sul punto si veda GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *IBIDEM*

⁴⁸ Sul punto si veda DE MAGLIE, *l'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p.245 ss.

⁴⁹ Sul punto si veda CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell'economia, mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Cedam, 2002, p. 202 ss.

3.1. Le proposte di intervento in sede europea ed internazionale per la nascita di una responsabilità penale degli enti

Le ragioni sottostanti l'introduzione della responsabilità penale degli enti nell'ordinamento italiano, oltre alle questioni di politica criminale interna, sono rinvenibili ulteriormente nell'omogeneizzazione normativa europea ed internazionale. Sia sul piano interno che internazionale, infatti, si era di fronte a fenomeni che richiedevano interventi penalistici repressivi e preventivi.

Non appaiono, dunque, prive di fondamento le richieste formulate dalle istituzioni sovranazionali di introdurre una responsabilità penale delle persone giuridiche.

In primis, occorre far riferimento alla Raccomandazione R (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1988.

La raccomandazione si fonda sulla constatazione dell'evolversi e del diffondersi della criminalità d'impresa e sull'esigenza di allocare la responsabilità penale derivante dalla commissione di un reato in capo al soggetto che maggiormente trae vantaggi dal reato stesso, soprattutto in ragione della difficoltà nell'individuare la persona fisica che ha agito.

La responsabilità delineata in questa sede viene costruita come concorrente con la responsabilità della persona fisica e sorge in capo alle sole imprese che svolgono attività economiche, siano esse pubbliche o private, dotate di personalità giuridica.⁵⁰

La Raccomandazione ha invitato gli Stati membri a "promuovere l'adozione di misure finalizzate a rendere le imprese responsabili per i reati commessi nell'esercizio della loro attività, indipendentemente dai regimi di responsabilità civile in vigore, cui queste raccomandazioni non si applicano".⁵¹

La responsabilità *de qua*, inoltre, a differenza del progetto innovativo attuato con il d. lgs. 231/2001, sorge ogni qualvolta venga commesso un reato: la punibilità sussiste proprio perché all'interno della struttura complessa è stata realizzata una condotta

⁵⁰GANDINI, *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali, gli strumenti del Consiglio d'Europa*, in *Rivista* 231,2009, p.1ss.

⁵¹ Raccomandazione N.R. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – 20 ottobre 1988, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1991, p.656

illecita, indipendentemente dal fatto che tale condotta sia collegata ad un'area di attività propria dell'ente.

Dunque, l'ente dev'essere destinatario di una relativa sanzione già solo perché il reato si è realizzato nello svolgimento di un'attività d'impresa.⁵²

Il secondo atto internazionale che va richiamato in questa sede è la Convenzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e Sviluppo Economico) sulla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi nel 1997 e ratificata dall'Italia dalla L. n. 300/2000.

La Convenzione richiama dei principi che erano stati introdotti dalla legislazione americana nel 1977 attraverso il Foreign Corruption Practices Act.

Quest'ultimo atto è stato il frutto della presa di coscienza da parte degli Stati Uniti d'America che molte società detenevano fondi occulti destinati a pagamenti illeciti di pubblici ufficiali esteri.⁵³

Il principio cardine della fonte normativa americana imponeva alle società di agire onestamente favorendo una maggiore trasparenza nel mercato, allorché concorrevano all'assegnazione di contratti all'estero; alla violazione di tale principio conseguivano gravosi interventi sul piano sanzionatorio.⁵⁴

L'esistenza di pene elevate in capo alle società americane aveva, tuttavia, condotto ad uno svantaggio competitivo per queste ultime rispetto alla normativa degli altri Stati.

Il traguardo europeo, dunque, è uno dei primi risultati tangibili sul piano globale di iniziative internazionali che erano nate dalla presa di coscienza della pericolosità del reato di corruzione.

La corruzione era suscettibile di sanzione penale in quanto andava a ledere non solo l'integrità dell'amministrazione locale, ma soprattutto produceva effetti diretti sull'economia mondiale.

La Convenzione, testé richiamata, ha in primo luogo, condotto all'introduzione del nuovo art. 322-*bis* c.p., attraverso il quale si è proceduto ad estendere le fattispecie corruttive a tutti i casi in cui la condotta è posta in essere da un funzionario straniero.

⁵² Raccomandazione, IBIDEM

⁵³ Sul punto si veda BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: in particolare, le federal sentencing guidelines*, Foro Ambrosiano, 2003, 527 ss.

⁵⁴ Sul punto si veda BERTOLINI, IBIDEM

In secondo luogo, la Convenzione OCSE ha richiesto agli Stati aderenti, non solo di perseguire la persona fisica, ma anche la persona giuridica, che paghi o nel cui interesse vengano pagate tangenti e di applicare ad essa delle sanzioni, penali e non, che siano efficaci, dissuasive e proporzionate.

I tratti della responsabilità richiesta dalla Convenzione OCSE sono, più correttamente, quelli tipici di una responsabilità penale; tuttavia, l'omesso riferimento a tale qualifica è ricollegabile ad una ragione di tipo sistematico, poiché i legislatori nazionali ancora si astenevano dal munirsi di una responsabilità penale delle persone giuridiche.⁵⁵

Infine, il secondo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (c.d. Convenzione PIF)⁵⁶ ha ordinato a ciascuno Stato membro di adottare misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che ha agito individualmente o in quanto parte dell'organo della persona giuridica.

Più dettagliatamente, l'art 3 del secondo protocollo ha distinto due ipotesi, a seconda che il reato sia stato commesso da soggetti che rivestono una posizione apicale ovvero da soggetti in posizione subordinata.

Nella prima ipotesi, la Convenzione prevede che i soggetti per essere definiti apicali debbano detenere un potere di rappresentanza, avere l'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica ovvero essere in possesso di un potere di controllo all'interno della stessa.

Nel secondo caso, la Convenzione delinea i soggetti in posizione subordinata come coloro in capo ai quali gli apicali abbiano omesso di esercitare una sorveglianza o un controllo, tale da consentire la configurazione di un reato a beneficio della persona giuridica.

Infine, l'accertamento sulla responsabilità delle persone giuridiche non deve escludere l'azione penale nei confronti delle persone fisiche, che siano autori, istigatori o complici della frode, della corruzione attiva o del riciclaggio di denaro.⁵⁷

⁵⁵ DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1999, 19 ss.

⁵⁶ Il secondo protocollo risale al 19 giugno del 1997 ed è consultabile in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee

⁵⁷ Il testo integrale è consultabile in Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee, N.C 221/11, 1997

3.2. Verso una responsabilità delle persone giuridiche: la cultura d'impresa come sintomo di una nuova criminalità.

Già a partire dalla fine del Novecento si era manifestata la necessità improcrastinabile di prevedere una forma di responsabilità penale della società.

La struttura delle società, infatti, è divenuta, negli ultimi decenni, particolarmente complessa, nelle dimensioni e nell'organizzazione, adoperando una forma multi-unitaria, attraverso la distribuzione orizzontale e verticale delle mansioni e l'adozione di molteplici uffici dislocati sul territorio.

Il meccanismo strutturale adottato dalle imprese comporta, dunque, una logica impossibilità, per coloro che ne sono all'apice, di controllare in concreto tutto ciò che avviene all'interno degli stabilimenti e di compiere tutti gli atti necessari al raggiungimento dell'oggetto sociale.

In tale contesto la molteplicità dei centri decisionali delle organizzazioni societarie consentono di creare degli schermi fittizi attraverso i quali indirizzare la pena su altri soggetti o creare zone grigie, nelle quali attribuire una responsabilità penale risulta difficoltoso.⁵⁸

Inoltre, le imprese hanno tentato in passato di supportare, attraverso un tacito accordo, il costo che sarebbe sorto dall'applicazione della sanzione pecuniaria per il reato commesso.

Il legislatore, dal canto suo, ha, dunque, nel tempo modificato (in assenza di una rivalutazione del brocardo *societas delinquere non potest*) le sanzioni pecuniarie previste per i reati economici, con il fine di adeguarle alla fenomenologia criminale, parametrando sulla capacità patrimoniale della società e non della persona fisica.⁵⁹

Tuttavia, seppur funzionale alla concreta punibilità del reato, il meccanismo giuridico ritagliato sulla persona fisica faceva sorgere alcune perplessità.

⁵⁸ Sul punto si veda CANZIO – CERQUA – LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014, p.863

⁵⁹ DI GIOVINE, *lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, in reati e responsabilità degli enti, guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, LATTANZI (a cura di), Giuffré editore, Milano, 2010, p.3

Come si è detto, infatti, la sanzione pecuniaria per i reati economici veniva non di rado supportata dalla società di cui il soggetto agente faceva parte e l'onere economico derivante dall'applicazione della pena pecuniaria veniva calcolato alla stregua di un meccanismo di valutazione di costi e ricavi dell'azienda.

In tal maniera, dai ricavi ottenuti mediante la commissione dell'illecito penale, era soddisfatto il "costo" della sanzione e la funzione di stigma della pena risultava tutt'al più indolore.⁶⁰

L'inadeguatezza di un meccanismo punitivo classico diveniva evidente quando si prendeva in considerazione l'apparato organizzativo delle società; infatti, i poteri decisionali e le mansioni esecutive non convergevano (e non convergono ancora oggi) in un solo soggetto.

All'interno delle imprese, infatti, vengono utilizzati atti negoziali che consentono di distribuire verticalmente le competenze e le decisioni tra coloro che sono inseriti nella rete societaria, si pensi allo strumento della delega delle funzioni⁶¹. Attraverso tale modalità di azione, qualora il giurista volesse far convergere tutti i presupposti della responsabilità in capo ad un unico soggetto, si andrebbero a sacrificare "i capri espiatori" alla stregua di esigenze di politica criminale.⁶²

Frequentemente, l'elemento psicologico del reato si determina in colui a cui appartiene il potere decisorio e che, trasferendo previamente i suoi poteri di gestione ad altro soggetto, non integra la fattispecie incriminatrice, mentre colui che in concreto ha agito, non possiede il potere decisionale e dunque, al pari del primo, non realizza l'ipotesi delittuosa.⁶³

⁶⁰ Sul punto si veda BRANCA – PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1991, 153 ss.

⁶¹ "La delega delle funzioni è un atto organizzativo interno all'impresa con il quale un soggetto a ciò abilitato (c.d. delegante) – in presenza di determinati requisiti positivi e negativi – trasferisce ad altro soggetto (c.d. delegato) doveri (con i corrispondenti poteri) originariamente gravanti su di lui, il cui omesso o negligente impedimento può dar luogo a responsabilità penale." Così ALDROVANDI, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ, 1995, 699.

⁶² Sul punto si veda DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, profili storici, dogmatici e comparatistici*, 117 ss., Jura, 2012, p. 124.

⁶³ Sul punto si veda PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ., 1998, 140 ss.

Sotto un profilo più prettamente comportamentale, è astrattamente possibile individuare le ragioni che inducono a commettere reati all'interno della struttura complessa.

L'appartenenza di un individuo ad un'organizzazione può influire in maniera determinante sulla sua capacità decisionale, tanto da condurre, in alcuni casi, ad attuare una condotta antigiuridica.

Si è parlato, infatti, di una “*corporate culture*”, al fine di evidenziare come in contesti più o meno ampi, si promuovano modelli comportamentali e obiettivi ritenuti comuni e imprescindibili e si adottino misure punitive (si pensi al licenziamento) tali da indirizzare le condotte degli individui.⁶⁴

In questi contesti, dunque, ciò che rileva, non è la volontà decisionale del singolo, piuttosto l'attitudine criminale della *societas*, che si consolida mediante processi antisociali di indirizzo collettivo, di cui i membri sono ben disposti a commettere illeciti che nella sfera privata si asterebbero dal volere.⁶⁵

Talvolta, invece, si è richiamata la “lealtà di gruppo”, vale a dire un sentimento di fedeltà all'impresa di cui i dipendenti sono parte e che li induce a ritenere che una data condotta, seppur vietata, risulti essere priva di offensività, andando a neutralizzare il disvalore giuridico del comportamento.⁶⁶

Tutto ciò determina un terreno fertile per la commissione di reati; infatti, aumenta la propensione al sacrificio del singolo nei confronti di una sopravvalutazione dell'interesse collettivo dell'ente di cui è parte.

Diversamente, qualora fosse contemplata una responsabilità penale della persona giuridica, il singolo soggetto avrebbe consapevolezza che la sua condotta risulterebbe esiziale alla collettività e che per quest'ultima si prospetterebbe una sanzione.

Le pene applicabili agli enti collettivi, infatti, hanno carattere interdittivo-patrimoniale ed incidono in maniera indiretta sui singoli, sul loro status socioeconomico.

Nelle ipotesi più gravi, infatti, la società può essere temporaneamente o permanentemente interdetta dall'esercizio della propria attività d'impresa, e tale sanzione, seppur rivolta in via principale all'ente, produce ugualmente effetti negativi

⁶⁴ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit. 118

⁶⁵ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit. 119

⁶⁶ Sulle tecniche di neutralizzazione si veda LUDERSSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht*, p.176 ss.

sui singoli dipendenti, andando a diminuire in maniera apprezzabile la loro capacità economica.⁶⁷

La dottrina nordamericana, che a lungo ha studiato la questione del “*corporate crime*”, ha individuato nell’elemento della “segretezza” un’ulteriore caratteristica genetica della persona giuridica, che contribuisce alla realizzazione e occultamento dei reati societari.⁶⁸

La segretezza societaria, infatti, consente di effettuare un controllo interno efficace sulle questioni che ineriscono l’andamento della politica aziendale, scongiurando il pericolo di essere sottoposti alla lente di ingrandimento delle imprese rivali.

Tuttavia, se il segreto venisse elevato a caposaldo delle scelte gestionali, le informazioni di vita della persona giuridica sarebbero strettamente influenzate dalla penetrante riservatezza e nessun dato inerente i reati commessi al suo interno sarebbe soggetto ad un regime di pubblicità.⁶⁹

Si potrebbe, in via generale, parlare di una vera e propria funzione di istigazione alla commissione di illeciti penali: infatti, la segretezza spingerebbe gli autori del reato ad agire *contra legem*, consci della difficoltà correlata alla concreta scoperta del fatto.⁷⁰

Nella fase delle indagini preliminari, infatti, lo schermo della segretezza consente di selezionare scrupolosamente le informazioni o gli elementi di prova che si vogliono portare a conoscenza della pubblica accusa, minimizzando liberamente il coinvolgimento della persona giuridica e inficiando la ricostruzione giudiziaria del fatto.⁷¹

“In sintesi, non appare solamente riduttiva, ma piuttosto distorsiva della realtà fenomenica delle aziende, quell’ipotesi-finzione di non imputabilità delle responsabilità che risulta sottostante al principio *societas delinquere non potest*”.⁷²

⁶⁷ Ex art. 16 del d.lgs. 231/2001 si noti, tuttavia, che: “Se l’ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività e non si applicano le disposizioni previste dall’articolo 17.”

⁶⁸GRUNER, *Corporate crime and sentencing*, 1994

⁶⁹GRUNER, *IBIDEM*

⁷⁰ Sul punto si veda DE MAGLIE, *l’etica e il mercato*, cit., 254 ss.

⁷¹GRUNER, *Corporate crime and sentencing*, 1994

⁷²BASTIA, *implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle Aziende*, p.2 (del dattiloscritto)

L'impresa non solo può e vuole delinquere, ma talvolta è costituita con lo scopo unico di commettere illeciti; la distinzione tra quest'ultima categoria e le ipotesi di enti collettivi che, pur perseguendo fini leciti, subiscono deviazioni illecite, viene a sfumarsi quando si richiamano alla memoria i casi italiani più preoccupanti, tra cui la crisi del Banco Ambrosiano o la vicenda Parmalat.

In queste ipotesi, risultarono evidenti le penetranti contaminazioni di strutture e di modelli, che si sono verificate quando l'accumulazione di capitali di provenienza illecita richiedeva una circolazione rapida, per ripulire il denaro sporco ovvero per occultare ricchezze sottratte ai soci e ai creditori.⁷³

Sfumarono le distinzioni tra le due categorie, sfumarono altresì i rimedi per contrastare tali condotte.⁷⁴

Infine, nella realtà societaria si manifestano dei veri e propri "obiettivi d'impresa", che trascendono da quelli perseguiti dagli agenti individuali; tali obiettivi sono autonomi e direttamente riferibili alla società che ne è portavoce e, per tale ragione, si presentano maggiormente stabili e durevoli nel tempo.

Una rilevante dottrina ha, infatti, sottolineato che lo scopo principale perseguito dalle organizzazioni complesse è collegato alla massimizzazione dei propri profitti: il desiderio di aumentarli induce a commettere un'ampia gamma di reati.⁷⁵

Tuttavia, esistono ulteriori obiettivi d'impresa, si pensi al prestigio o alla qualità del livello di produzione, che pur non essendo direttamente riferibili al profitto, vi rientrano in via mediata: "(...) nel momento in cui si crea una strategia che in un modo lecito o illecito dà la sicurezza che le entrate superano i costi di produzione, verrà conseguito lo scopo primario di profitto ed indirettamente saranno soddisfatti anche gli scopi secondari collegati allo status ed al prestigio dell'industria".⁷⁶

Da tali premesse, è possibile giungere a due logiche conseguenze che derivano dal rifiuto dogmatico all'introduzione della responsabilità penale degli enti.

In primo luogo, i reati societari, qualsiasi sia la ragione loro sottostante, conducono ad una distorsione dell'economia pubblica, della concorrenza tra imprese e di ulteriori beni giuridici connessi o collegati all'attività d'impresa concretamente svolta.

⁷³ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 534 ss., 2005

⁷⁴ALESSANDRI, *IBIDEM*

⁷⁵CLINARD, *Illegal Corporate Behavior*, 1979, 57 ss.

⁷⁶JAMIESON, *The organization of Corporate Crime. Dynamics of Antitrust Violation*, 1994, p.8

In secondo luogo, qualora l'ente sia a partecipazione pubblica ovvero sia un ente pubblico economico, le problematiche inerenti ai beni giuridici messi in pericolo aumenterebbero di gran lunga, in ragione dell'ambito in cui operano.

Tanto basta per comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore a ricomprendere all'interno del d.lgs. 231/2001 sia i reati "tipici" collegati allo svolgimento di attività imprenditoriali, sia i reati che, *prima facie*, apparrebbero configurabili dalle sole persone fisiche, ma che di fatto, come si è rilevato al paragrafo precedente, vengono non di rado commessi proprio all'interno di strutture complesse⁷⁷.

4. Gli ostacoli giuridici alla nascita di una responsabilità penale degli enti: l'abbattimento di un dogma e il contrasto tra gli orientamenti dottrinali

Tradizionalmente, la dottrina penalistica sostenne l'esistenza del dogma *societas delinquere non potest*, secondo il quale le sole persone fisiche potevano essere destinatarie delle norme penali.⁷⁸

Sono trascorsi circa trent'anni dall'affermazione di tale brocardo, ripreso in un trattato della dottrina⁷⁹, all'introduzione del d.lgs. 231/2001 e le ragioni che hanno condotto ad un così tangibile ritardo risiedono in moventi di diritto e di politica criminale.

Sicuramente, l'obiezione dogmatica era sorretta da ragioni collegate all'esistenza di principi cardine all'interno del sistema penale - che apparivano mal conciliabili con una responsabilità penale degli enti; inoltre, non di poco conto, appariva evidente il rifiuto proveniente dal mondo imprenditoriale, che non avrebbe ben accolto una responsabilità di tal genere.

⁷⁷ Ipotesi esemplificative possono essere l'art. 25-*ter* del d.lgs. 231/2001 che contempla i reati societari e l'art. 25, che prevede le ipotesi di corruzione, concussione e induzione indebita.

⁷⁸ La formulazione di tale principio è fatta risalire all'incirca nel diciottesimo secolo o la prima metà del diciannovesimo, poiché precedentemente si riteneva che, al contrario, le *universitas delinquere et puniri potest*. Così MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit. 445 ss.

⁷⁹ BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1970, p.951

Al fine di ripercorrere le ragioni di diritto, anzitutto, è bastevole ricordare che l'inerzia legislativa era avallata da un'obiezione fondata su una presunta violazione del principio di personalità della responsabilità penale, nella sua duplice accezione, come divieto di responsabilità per fatto altrui e responsabilità personale colpevole.

In un'ottica esegetica, immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione, infatti, nei manuali più accreditati di diritto penale, la questione della responsabilità penale delle persone giuridiche veniva immediatamente liquidata attraverso un'aprioristica esclusione, fondata su una serie di dati fattuali.

In primo luogo, taluni autori riconobbero nell'art 27, comma 1, Cost. un'esplicita negazione del *societas delinquere potest*⁸⁰, tanto da affermare che in Italia si trattasse di un vero e proprio principio costituzionale.⁸¹

In realtà, il diritto penale e la Carta costituzionale, all'art 27 comma 1, ripudiano esclusivamente la configurabilità di una responsabilità penale per fatto altrui e richiedono una responsabilità personale colpevole.

Dunque, l'autore della condotta antiggiuridica che ha generato un fatto penalmente rilevante deve rappresentarsi in colui che ha realizzato l'evento lesivo, nei cui confronti potrà muoversi di seguito un rimprovero penale.⁸²

Tuttavia, secondo alcuni autori nel nostro ordinamento, la responsabilità penale affonda le sue radici in una serie di fattori psico-fisici che costituiscono il presupposto della stessa colpevolezza.

Se si volesse reinterpretare tale elemento – al fine di ricomprendere le strutture complesse – il rimprovero penale verrebbe ugualmente meno in quanto assente una volontà colpevole.⁸³

⁸⁰ BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in ID., *Scritti giuridici 1966 – 1980*, p.83

⁸¹ JESCHECK, *Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht*, in *ZStrR* 70 (1955), p. 255 e nt. 4.

⁸² Sul punto secondo cui l'art 27, primo comma, già prima della storica sentenza della Corte Costituzionale 364 del 1988, vietava la responsabilità penale per fatto altrui, la dottrina si manifestava come concorde: BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I; *Nozioni ed aspetti costituzionali* 1965 pag. 87 e segg; GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art 57, n.1, C. Pen., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, *Riv. It. Dir. Pen.* 1956, 455 e segg.; NUVOLONE, *le leggi penali e la Costituzione*, 1953, pag. 31; ID., *Norme penali e principi costituzionali*, *Giur. Costit.*, 1956, 1262; GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Nss. Dig. It.*, Utet, vol XV, 1968, 712.

⁸³ ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, 1031 ss.

In altre parole, non si può prescindere da un collegamento psicologico con l'evento o la condotta realizzatasi, che mancherebbe nelle persone giuridiche.

Inoltre, parte della dottrina sostiene che il superamento del principio "avrebbe potuto comportare il rischio di un progressivo stravolgimento culturale dell'illecito penale e di un suo conseguente allargamento nel nostro sistema"⁸⁴, senza inoltre, dimenticare le eventuali ricadute sui terzi incolpevoli, che sarebbero stati di fatto chiamati a sopportare la sanzione.

In merito a quest'ultimo punto, tuttavia, è necessario effettuare alcune precisazioni.

L'attività d'impresa è un'attività di per sé connotata da un rischio, che l'ente, già nella fase iniziale, prevede e gestisce.

Le conseguenze, sul piano civilistico ed economico, che derivano dalla *mala gestio* dell'attività d'impresa, inevitabilmente, si ripercuotono sui soci che la compongono, sull'organo gestorio, e sulla società nel suo complesso.

Da qui, l'assoggettamento dell'ente a sanzione, sia essa civile o penale, rientra nel normale rischio di impresa, come una semplice valutazione dei "costi"⁸⁵ e una perdita patrimoniale, conseguente ad una misura punitiva.

Le sanzioni previste, inoltre, dalla disciplina del decreto legislativo 231/2001 sono costruite sulla base del modello di stampo statunitense "carrot – stick" attraverso il quale il legislatore ha prospettato una "minaccia" della sanzione a cui segue una diminuzione ovvero un'esonazione della pena, qualora la persona giuridica sia adeguatamente organizzata da prevenire e gestire il rischio – reato.

Tale strumento, seppur in parte, consente di ridurre le eventuali conseguenze negative sui terzi, soci ovvero creditori, fino alla fase esecutiva.⁸⁶

Una valida obiezione, fondata sul principio di responsabilità per fatto proprio, faceva, diversamente, leva sulla incapacità di azione dell'ente: quest'ultimo, infatti, non è in grado di agire dolosamente o colposamente, né capace di percepire il rimprovero penale, vanificando, dunque, la funzione di prevenzione speciale della pena.

⁸⁴ ROMANO, IBIDEM

⁸⁵ Sul punto si veda PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione*, in TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità degli enti collettivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, 257 ss.

⁸⁶ Sull'adozione del modello "carrot – stick" si veda DE MAGLIE, *L'etica*, p.71, cit.

Tanto si può muovere un rimprovero penale, infatti, quanto il destinatario della sanzione sia colui che ha realizzato la condotta lesiva.⁸⁷

Tuttavia, come parte della dottrina ha sottolineato “esiste una volontà sociale risultante dalla fusione delle volontà individuali dei singoli soci”.⁸⁸ Tale volontà si manifesta attraverso gli strumenti che il diritto attribuisce alle strutture societarie, in particolare mediante l’adozione di delibere assembleari, del consiglio di amministrazione o direzione, ed è in grado di commettere illeciti, agendo, dunque, dolosamente o colposamente.⁸⁹

Nell’ambito delle persone giuridiche, inoltre, la dottrina ha fatto leva sulla teoria della finzione, di stampo giusnaturalistico attribuita a von Savigny, secondo cui le persone giuridiche devono essere “intese come soggetti artificiali creati per semplice finzione”⁹⁰, che operano mediante coloro che la compongono.

Di conseguenza, oltre alla persona fisica, “non esistono altre entità capaci di diritti e di obblighi se non per esclusiva volontà del legislatore, il quale finge in un’associazione di uomini o in un insieme di beni la esistenza di un’entità, considerata anch’essa come persona e come tale assunta a soggetto di diritto.”⁹¹

La teoria della finzione, dunque, in altre parole, escludeva a monte una responsabilità penale delle persone giuridiche. Diversamente, invece, era indirizzata la teoria della realtà, anche denominata teoria dell’immedesimazione organica.

Quest’ultima, con l’intento di propendere per la responsabilità penale delle persone giuridiche, si appiglia all’assunto secondo il quale l’atto della persona fisica sarebbe direttamente imputabile alla *societas*, intesa come soggetto di diritto.

Coloro che agiscono in nome della struttura complessa, “non si atteggiavano in rapporto di alterità, ma ne sarebbero meri organi, attraverso i quali si esprime la volontà dell’ente, esattamente come attraverso la bocca l’uomo esprime il suo pensiero”⁹².

⁸⁷ Sul punto si veda BRICOLA, *il costo del principio*, cit., p.954 ss.

⁸⁸ BRICOLA, *IBIDEM*

⁸⁹ BRICOLA, *IBIDEM*

⁹⁰ ORESTANO, “*persona*” e “*persone giuridiche*” nell’età moderna, in Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche, 1978, 209.

⁹¹ ORESTANO, *IBIDEM*

⁹² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 21.

Cfr. sul punto, anche DE MAGLIE, *L’etica* cit., dove richiama la teoria di von Gierke., p.309

Dunque, l'intervento legislativo che attribuisce rilevanza giuridica all'ente, nell'ipotesi della teoria della finzione, ha efficacia costitutiva, nell'ipotesi della teoria della realtà, assume invece efficacia esclusivamente dichiarativa.

La dottrina penalistica ha, tuttavia, sollevato alcune criticità derivanti da tali teorizzazioni.

In primo luogo, non può trascurarsi l'inconvenienza che deriverebbe, per la risoluzione di un problema di diritto, dall'accoglimento dell'una o dell'altra teoria.

In secondo luogo, considerare la condotta posta in essere dalla persona fisica come "atto" della persona giuridica, si risolverebbe in una *fiction* attraverso la quale si imputerebbe all'ente un fatto e una volontà della persona fisica, con la irragionevolezza che quest'ultima non sarebbe punibile per un fatto proprio.

La conseguenza giuridica che comporterebbe l'accoglimento della teoria della realtà, sarebbe, in sintesi, la violazione del principio di responsabilità penale personale nel suo significato di divieto di responsabilità per fatto altrui, poiché è fatto divieto, altresì, esentare l'autore del fatto scaricandone la responsabilità in capo ad un altro, che ne assorbirebbe la personalità.⁹³

In ogni caso, la teoria della realtà, pur prestando il fianco a tale obiezione, era riuscita a superare in parte i dubbi legali all'incompatibilità costituzionale, segnata dal principio di cui all'art 27 comma 1, della disciplina sulla responsabilità degli enti ed ha, almeno in via preliminare, fornito un appiglio teorico alla soluzione sulla sottoposizione delle strutture complesse a sanzione penale.⁹⁴

Si è osservato, inoltre, che se la persona giuridica, su un piano civilistico, è capace di stipulare contratti, per i quali la stessa assume obbligazioni e di cui gli atti compiuti le sono direttamente imputabili, la stessa dovrebbe risultare altrettanto capace di realizzare condotte illecite.

Nel diritto sociale, a titolo esemplificativo, sono presenti norme rivolte direttamente alle società e non agli individui: si pensi alla disciplina della concorrenza⁹⁵ che, sia in una prospettiva interna che europea, ha come destinatari le sole persone giuridiche.

⁹³ Per l'analisi dei rilievi critici si veda GROSSO, *Responsabilità penale*, cit., 710 ss.

⁹⁴ Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 24

⁹⁵ La L. 287/1990 istituisce norme per la tutela della concorrenza e del mercato, prevedendo l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie rivolte alle imprese per le violazioni dei precetti in essa contenuti.

Dunque, conseguenza logica impone di ritenere che, se la persona giuridica è in grado di agire, esercitare diritti e assumere doveri, di ottenere un profitto dallo svolgimento dell'attività d'impresa, può esserle altresì riconosciuto un agire lecito ed illecito.

La sua capacità di colpevolezza, quindi, è già insita nella sua qualità di soggetto che può giuridicamente agire.⁹⁶

Un altro appiglio dogmatico, volto a rifiutare una responsabilità degli enti, era fondato sull'assunto che la società non potesse "sentire" il carattere afflittivo o rieducativo delle sanzioni penali⁹⁷. Tuttavia, tale affermazione non tiene conto dell'ampia gamma di sanzioni che gli artt. 25 e 27 Cost. consentono in astratto di prevedere "purché siano rispettate le caratteristiche essenziali del tipo di pena o misura di sicurezza".⁹⁸

La scienza penitenziaria, invero, consente di applicare alle persone giuridiche delle pene correlate alla loro natura, svincolandosi dall'assunto che la maggior afflittività sia rinvenibile nella sola pena detentiva.

Le pene rivolte agli enti, infatti, possono incidere sullo svolgimento dell'attività (interdizione dal suo esercizio), sulla sfera patrimoniale (si pensi alla confisca) ovvero sulla permanenza in vita della stessa società (nell'ipotesi di scioglimento della stessa).⁹⁹

Vi era, infine, parte della dottrina che escludeva la responsabilità penale delle persone giuridiche sulla base di un dato legislativo, che poneva un evidente ostacolo alla considerazione della società come soggetto attivo del reato.

In particolare, la dottrina faceva leva sull'art 197 c.p.,¹⁰⁰ che, configurando l'istituto del civilmente obbligato per la pena pecuniaria in capo alla persona giuridica, non

⁹⁶ Per la parificazione dell'agire da un punto di vista civilistico e penalistico, si veda TIEDEMANN, *la responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, Riv. It. Dir. Proc. Pen, 1995, 615 ss.; di cui le osservazioni vengono richiamate da PULITANÒ, *la responsabilità da reato degli enti*, cit.

⁹⁷ Sul punto si veda BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., 952 ss.

⁹⁸ BRICOLA, *IBIDEM*

⁹⁹ BRICOLA, *IBIDEM*

¹⁰⁰ L'art 197, co.1, c.p. rubricato "obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento delle multe e delle ammende", recita: "Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le province ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza, o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, e si tratti di reato che costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole, ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta."

L'art. 196, co.1, c.p., rubricato "obbligazione civile per le multe e per le ammende inflitte a persona dipendente" a sua volta prevede: "Nei reati commessi da chi è soggetto alla altrui autorità, direzione o

riportava l'inciso "e delle quali non debba rispondere penalmente" previsto all'art. 196 c.p. di cui la presenza sarebbe stata necessaria per ritenere responsabili penalmente anche gli enti collettivi.¹⁰¹

Dunque, la responsabilità civilistica era ritenuta bastevole come tutela giuridica per i reati commessi dalle strutture complesse.

In realtà, come sottolineato da una parte della dottrina, l'art 197 c.p. rappresenta una misura applicata in via sussidiaria e non solidale, commisurata all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta ai soggetti previsti all'interno del suddetto articolo, e non al vantaggio eventualmente ricavato dalla società come conseguenza dell'illecito.¹⁰²

In definitiva, si tratta di un'obbligazione "assai conveniente per la società la quale può continuare a mandare allo sbaraglio i propri amministratori, come teste di ponte, rischiando il meno possibile"¹⁰³.

4.1. Le soluzioni proposte e gli schemi adottati in sede di redazione del d.lgs. 231/2001

Al di là degli appigli dogmatici, la dottrina aveva ben chiara la necessità di pervenire ad uno strumento penalistico per arginare le ipotesi di impunità riservate agli enti.

Negli anni 80, infatti, parte della dottrina avanzò la proposta di riformulare parzialmente l'art 197 c.p., in modo da adeguarlo alle esigenze di politica criminale, modificandone la struttura.

vigilanza, la persona rivestita dell'autorità, o incaricata della direzione o vigilanza, è obbligata, in caso di insolvibilità del condannato, al pagamento di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta al colpevole, se si tratta di violazioni di disposizioni che essa era tenuta a far osservare e delle quali non debba rispondere penalmente."

¹⁰¹ In tal senso DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in Jura, 2010, 605 ss., che richiama SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, cit., p.77

¹⁰² Diversamente, BRICOLA, *Il costo del principio*, cit., p.1006 ss. ritenne che lo strumento idoneo fosse rinvenibile nella sola confisca, in quanto, a suo avviso, le misure di sicurezza non richiedevano la sussistenza della colpevolezza come requisito per la loro applicazione, ma la sola pericolosità. In particolare, tra le differenti tipologie di confisca, egli predilige quelle a carattere patrimoniale, in quanto maggiormente idonee per contrastare la condotta criminogena dell'ente.

¹⁰³BRICOLA, *il costo del principio*, p. 962

Fu, dunque, richiesta la rimozione del carattere sussidiario dell'obbligazione, da sostituire con il corrispondente meccanismo di responsabilità concorrente dell'impresa e la commisurazione della pena sulla base della capacità economica della società.

Inoltre, per la concreta operatività di tale congegno, la persona fisica doveva aver agito nell'ambito delle funzioni che le erano state attribuite, sia formalmente che di fatto e nell'interesse della persona giuridica.¹⁰⁴

Un'interessante soluzione fu prospettata da una parte della dottrina in merito alla possibilità di radicare la responsabilità degli enti su un piano esclusivamente amministrativo.

In particolare, fu rilevato che, stante l'invalidabile ostacolo di cui all'art 27 comma 1 Cost, traslare la responsabilità delle società su un piano del penale amministrativo, avrebbe eluso le difficoltà legate ai principi stringenti del diritto penale "puro" e avrebbe, altresì, consentito di realizzare una responsabilità cumulativa della persona fisica e giuridica.¹⁰⁵

Alcuni autori¹⁰⁶, diversamente, ritennero che al di là della scelta concernente la tipologia della sanzione da dover adottare, civile, penale ovvero amministrativa, il fulcro della questione dovesse spostarsi sulla necessità di assicurare un'efficacia deterrente della misura minacciata.

Più nel dettaglio, in primo luogo era prioritario evitare che la sanzione venisse trasferita dalla persona giuridica alla persona fisica autrice del reato, annoverandola tra i "rischi" dell'ente.

In secondo luogo, la sanzione doveva essere irrogata sulla base dell'entità del profitto ottenuto dalla commissione del reato e sulla base delle dimensioni dell'impresa.

Inoltre, l'efficacia repressiva non doveva essere lasciata alla sola pena pecuniaria, ma era necessario contemplare nei confronti degli enti anche sanzioni a carattere

¹⁰⁴Per la proposta *de qua*, ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, in Giuffrè Editore, 1984, p.128; ripresa e analizzata da DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p.314

¹⁰⁵ Per l'approfondimento dell'analisi si veda ROMANO, *societas delinquere non potest*, cit., 1031 ss.

¹⁰⁶ Sulle proposte avanzate si veda MARINUCCI – ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1971, p.681 ss.; FLICK, *Profili attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1983, p. 480 ss.

interdittivo e sospensivo, o ancora, ordinare la pubblicazione della sentenza di condanna.¹⁰⁷

Infine, la tesi di questa parte della dottrina si spinge, in un'ottica avanguardistica, fino a richiedere al legislatore un intervento volto, prima ancora della repressione, a favorire una gestione aziendale rivolta alla corretta organizzazione e alla prevenzione dei reati d'impresa.¹⁰⁸

Al di là delle differenti soluzioni prospettate dalla dottrina, il modello di responsabilità "diretta" della persona giuridica è stato in parte anticipato da interventi legislativi succedutisi a partire dagli anni 90.

Si tratta di leggi speciali aventi ad oggetto il settore del mercato finanziario e mobiliare, delle telecomunicazioni e della concorrenza.¹⁰⁹

Senza spingersi all'analisi della legislazione *de qua*, è possibile, in linea generale, affermare che la responsabilità delineata dal legislatore in questa sede, si pone sul piano del diritto penale amministrativo e si configura come una forma di responsabilizzazione diretta della persona giuridica.

La relativa sanzione, derivante dalla violazione delle disposizioni all'interno delle normative, viene inoltre irrogata dall'Autorità amministrativa indipendente.¹¹⁰

Nonostante la sostanziale diversità con l'articolata disciplina introdotta dal d.lgs. 231/2001, che richiede un collegamento con il fatto reato ai fini della responsabilità

¹⁰⁷ In merito alla pubblicazione della sentenza di condanna MARINUCCI – ROMANO, *Tecniche normative* cit, 688 ss. ritengono che negli illeciti societari, questa sanzione avrebbe svolto la funzione di segnalare al pubblico la disonestà dell'azione imprenditoriale e rafforzare al meglio la lealtà e il buon costume della società.

¹⁰⁸ In tal senso, STELLA, *Criminalità d'impresa, lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. Trim. dir. Pen. Ec., 1998, p.477 ss. In particolare, in questa sede l'autore sottolinea l'esigenza di disporre di codici di "personalizzati", utilizzando unità di compliance e canali di informazione che facilitino la scoperta di illeciti; infine sottolinea la necessità di introdurre sistemi di sanzioni interne in modo tale da consentire alla società di "combattere contro sé stessa".

¹⁰⁹ In particolare la legge antitrust (l.10 ottobre 1990, n.287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) prevede che l'Autorità garante può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiori al dieci per cento del fatturato delle attività dell'impresa oggetto della concentrazione, quando si tratta di imprese che violano le regole previste per le concentrazioni e il monopolio e nel caso di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a 30 giorni. La legge Mammi (l.6 agosto 1990 n.223 Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato) prevede l'applicazione di sanzioni disciplinari da parte del Garante per la radiodiffusione e del Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni e può essere disposta la sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione per un determinato periodo di tempo. L'art. 7 della l. 17 maggio 1991 n. 157 sull'insider trading attribuisce alla Consob il potere di irrogare sanzioni pecuniarie di importi particolarmente elevati. Sull'analisi della disciplina si veda DE MAGLIE, *L'etica*, cit., 322 ss.

¹¹⁰ Sull'analisi della disciplina si veda DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p.325 ss.

dell'ente, non si può non rilevare l'evidente esigenza di prevedere sanzioni punitive dirette.

Ripercorsi i punti salienti delle opinioni dottrinali prima dell'introduzione della responsabilità *ex crimine* delle imprese, si può facilmente affermare che l'avvento del modello di responsabilità amministrativa da reato introdotto dal d.lgs. 231/2001 sia qualificabile come una novazione legislativa effettuata attraverso un bilanciamento tra interessi contrapposti.

Senz'alcun dubbio, l'interesse del legislatore a prevedere una responsabilizzazione degli enti, superando gli ostacoli giuridici, è prevalso rispetto agli interessi dei gruppi esponentziali, le lobbies economiche, che premevano affinché si mantenesse il regime precedente più favorevole.¹¹¹

In sostanza, la nuova disciplina costituisce un vero e proprio microsistema normativo, comprensivo sia di norme penali che processuali, frutto di contrasti dottrinali e scelte di criminalizzazione legislativa.¹¹²

¹¹¹ Sul punto si veda AMARELLI, *mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio *societas delinquere non potest**, in Riv. Trim. dir. Pen. Ec., 2003, 941 ss.

¹¹² Sul punto si veda SCAROINA, *societas delinquere potest, il problema del gruppo di imprese*, Giuffré Editore, Milano, 2006, 97 ss.

CAPITOLO II

LA CULTURA DELLA LEGALITÀ NEL SETTORE PRIVATO E PUBBLICO

SOMMARIO: 1. La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato – 1.1. I criteri oggettivi e soggettivi di imputazione del reato commesso dalla persona fisica – 1.2. La struttura dei Compliance Programs e la funzione esimente dei modelli organizzativi – 1.3. Brevi cenni sulle caratteristiche dell’Organismo di Vigilanza – 2. La L.190/2012: l’impianto legislativo della lotta alla corruzione, le modifiche normative delle fattispecie corruttive e la centralità della prevenzione della corruzione – 2.1. Le ulteriori modifiche sul piano repressivo: la riforma legislativa delle fattispecie di concussione e traffico di influenze illecite – 2.2. Il sistema della prevenzione della corruzione e il ruolo centrale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione – 3. Il Piano Nazionale Anticorruzione e i piani triennali di prevenzione della corruzione – 3.1. Il meccanismo del Whistleblowing nei piani triennali di prevenzione della corruzione – 4. Il doppio modello di organizzazione nelle società a partecipazione pubblica: profili di criticità

1. La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato

Il d. lgs. 231/2001 pubblicato in Gazzetta Ufficiale l’8 giugno del medesimo anno, delineando una *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”*, si caratterizza per la sua essenza di “novità” nel sistema giuridico penale.

La dottrina, infatti, a suo tempo, qualificò tale introduzione legislativa come “un accadimento di grande rilevanza vuoi per la sua novità vuoi per il suo significato politico criminale ¹¹³” ed accolse positivamente la scelta legislativa di non effettuare un “trapianto” del *corpus* del codice penale di stampo antropomorfo, ma costituire una disciplina nuova e *sui generis*, fatta di norme sostanziali e processuali.¹¹⁴

¹¹³MUSCO, *le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in Dir. Giust., 2001, 8 ss.

¹¹⁴Sul punto si veda SCAROINA, *societas delinquere potest*, cit., 116

Il primo contrasto dottrinale e giurisprudenziale, immediatamente dopo l'entrata in vigore del testo, ebbe ad oggetto la natura della responsabilità delineata e se dunque, quest'ultima fosse da considerare penale, amministrativa ovvero un *tertium genus*.

La questione non ha risvolti solo teorici: difatti, l'ascrizione della responsabilità ad uno dei tre paradigmi fornisce all'interprete le indicazioni necessarie per riempire le eventuali lacune, potendo quest'ultimo attingere alla disciplina di riferimento e ai principi che la ispirano.¹¹⁵

Inoltre, si pongono problemi anche sul piano sovranazionale, in merito alla cooperazione giurisdizionale: si pensi alla qualificazione di norme civili piuttosto che penali; sicuramente il differente riconoscimento comporta l'applicazione di un parametro normativo piuttosto che un altro e a sua volta, consente l'applicazione di garanzie processuali differenti.¹¹⁶

Una parte della dottrina sostiene ancora oggi la natura *stricto sensu* penale della responsabilità, sulla base di una serie di ragioni¹¹⁷, tra le quali sicuramente l'esistenza di un nesso di interdipendenza logica tra la responsabilità e il configurarsi di un reato presupposto e l'accertamento ad opera del giudice penale all'interno di un processo¹¹⁸. Altra parte della dottrina¹¹⁹ propende, invece, per la natura amministrativa della responsabilità, sulla base, in via esemplificativa, del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore in sede di redazione del decreto legislativo, che richiama espressamente la responsabilità amministrativa dell'ente, l'istituto della prescrizione quinquennale (che decorre dalla consumazione del reato presupposto) ed infine, il meccanismo delle vicende modificative dell'ente.¹²⁰

¹¹⁵ Sul punto si veda SCAROINA, *societas delinquere potest*, cit., p. 119-120

¹¹⁶ Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 10 ss.

¹¹⁷ Sul punto si veda PASCULLI, *Responsabilità penale degli enti*, Estratto da Digesto Online, 2018, p.3

¹¹⁸ La giurisprudenza, a sua volta, ha accolto la tesi maggioritaria della dottrina nella nota sentenza Cass. Pen. Sez. II, 30 gennaio 2006, n.3615, JOLLY MEDITERRANEO S.R.L.: “ad onta del *nomen juris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale, forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.)”

¹¹⁹ Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit. 10 ss.; nello stesso senso DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo, 2012, p.12 ss.

¹²⁰ La giurisprudenza ha accolto questa seconda teoria in Cass. Pen., Sez. Un., n. 10561/2014, Gubert: “Nel vigente ordinamento, è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti (ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), sicché comunque la società non è mai autore del reato e concorrente nello stesso”

Infine, non è privo di fondamento quell'orientamento che ritiene costituitosi un *tertium genus*,¹²¹ frutto della fusione delle due discipline, facendo propria quella penalistica per quanto concerne l'effetto di stigma e la gravità delle conseguenze sanzionatorie e quella amministrativa per quanto concerne il *nomen juris* e alcuni profili di disciplina.

122

Nella stessa Relazione di accompagnamento al decreto, infatti, si evince la propensione al riconoscimento di una responsabilità ibrida, distaccata dal modello di illecito amministrativo della l. 689/1981, "che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancora più ineludibili, della massima garanzia".

I destinatari della disciplina più volte richiamata, sono delineati all'art. 1 del medesimo testo, il quale precisa che "*le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica*" ed aggiunge che "*non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*".

Per quanto attiene agli enti privi di personalità giuridica che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, l'esclusione dall'alveo della disciplina interessa soprattutto i sindacati e i partiti politici, di cui le funzioni trovano espresso riconoscimento costituzionale (artt. 39 e 49).

Non è errato affermare che, talvolta, sono proprio queste categorie di enti a ricoprire il ruolo di soggetti principali del panorama giudiziario (l'esempio lampante è stato riportato al capitolo precedente), ma l'esplicito rifiuto di assoggettarli alla disciplina della 231 è dato dal meccanismo predisposto dal legislatore.

Quest'ultimo, infatti, ha voluto espressamente colpire realtà imprenditoriali che perseguono un fine prettamente economico, tra le quali difficilmente risultano inquadrabili i partiti politici o i sindacati.¹²³

¹²¹ Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali cit.* p. 16

¹²² La giurisprudenza ha sostenuto la tesi del *tertium genus* nella nota sentenza Cass. Pen., Sez. Un., n. 38343/2014, ThyssenKrupp: "Senza dubbio, il sistema di cui si discute costituisce un corpus normativo di peculiare impronta, un *tertium genus* [...]. Colgono nel segno [...] le considerazioni della Relazione che accompagna la normativa in esame quando descrivono un sistema che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia".

¹²³ Sul punto si veda DI GIOVINE, *lineamenti sostanziali, cit.* p. 34 ss.

Per quanto attiene, invece, all'esclusione dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali, non bisogna cadere nella trappola di considerare tale meccanismo come una sorta di "privilegio", perché le ragioni sono rinvenibili in solide giustificazioni.

Lo Stato, infatti, qualora fosse assoggettato alla disciplina della 231, traslerebbe il costo della sanzione sulla collettività, che, attraverso il meccanismo della tassazione, ne subirebbe gli effetti giuridico-patrimoniali.¹²⁴

Per quanto, infine, attiene all'esclusione degli enti pubblici non economici, si devono riprendere le ragioni sopra esposte: anche in questo caso, infatti, da un lato, il costo verrebbe supportato dalla collettività, trattandosi di enti che spesso svolgono pubblici servizi, e dall'altro, il legislatore ha voluto "punire" i soli enti mossi da finalità lucrative.¹²⁵

L'elencazione effettuata dal legislatore, seppur apparentemente chiara e sufficiente, nasconde, in realtà, delle zone d'ombra; in particolare, si può far riferimento alla sorte dell'applicabilità di detta disciplina alle imprese individuali, alle società miste¹²⁶ o, ancora, ai gruppi di società.

Le imprese individuali sono state oggetto di numerosi cambi di rotta da parte della giurisprudenza che, ritornando sui suoi passi, ha da ultimo affermato "incidentalmente, che la normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi".¹²⁷

¹²⁴ Sul punto DI GIOVINE, IBIDEM

¹²⁵ Sul punto DI GIOVINE, IBIDEM. Nello stesso senso SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, in Archivio penale, 1/2020, p. 14, che specifica che devono, invece, essere ricompresi gli enti pubblici economici, in quanto la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente all'esonero dalla disciplina, dovendo ricorrere anche l'assenza dell'attività economica.

¹²⁶ Si tratta di società che perseguono – attraverso una struttura analoga a quella delle società di diritto privato – interessi di carattere generale e di rilievo costituzionale. Sul punto si veda FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in Cass. pen., 2004, 2203 SS

¹²⁷ In tal senso, Cass. Pen., sez. VI, n. 30085/2012, di cui le motivazioni vanno ricercate nella precedente pronuncia della Cass. Pen., sez. VI, n. 22 aprile 2004, n. 18941: "Quale che sia la natura giuridica di questa responsabilità «da reato», è certo che in tutta la normativa (convenzioni internazionali; legge di delegazione; decreto delegato) e, segnatamente, nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 231/2001 essa è riferita unicamente agli «enti», termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali, tanto che, come si è visto, i successivi commi della disposizione da ultimo menzionata ne specificano l'ambito soggettivo di applicazione." Una sentenza isolata, che ha ritenuto incluse anche le imprese individuali, è stata Cass. Pen. Sez III, n. 15657/2010: "non può negarsi che l'impresa individuale, ben può assimilarsi ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività: il che porta alla conclusione che, da un punto di vista prettamente tecnico, per impresa deve intendersi l'attività svolta dall'imprenditore-persona fisica per la

Diversamente, per quanto riguarda le società miste, la giurisprudenza ha affermato la piena assoggettabilità di tali soggetti di diritto alla disciplina del decreto in esame, ripercorrendo esegeticamente il dato testuale contenuto all'art 1.

Come argomenta la Corte, difatti, “sono esonerati dall'applicazione del d.lgs. 231/2001 [...] soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici”. Dunque, il tenore testuale è chiaro: la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma da sola non sufficiente all'esclusione di tali soggetti dal decreto in esame, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente non svolga un'attività economica.¹²⁸

Un complesso iter giurisprudenziale è stato, invece, percorso con riferimento all'applicabilità della disciplina 231 ai gruppi di società.

Preventivamente è necessario ricordare che non può affermarsi una responsabilità diretta del gruppo ai sensi del decreto legislativo, poiché le società non abbandonano mai le proprie distinte ed autonome soggettività giuridiche, in quanto la loro “unitarietà” è tale solo da un punto di vista economico.

Contrariamente, è consentita l'assoggettabilità alla disciplina del decreto delle singole imprese partecipanti ad un gruppo, qualora ne ricorrano i presupposti previsti dal legislatore.

La questione che rileva, in realtà, è l'estensione della responsabilità da reato di una società del gruppo ad altre appartenenti allo stesso ed in particolare, la possibilità di ritenere imputabili le società controllate per il reato commesso da un soggetto appartenente alla controllante ovvero di ritenere imputabile la *holding* per il reato commesso da un soggetto all'interno della controllata.¹²⁹

cui definizione deve farsi rinvio agli artt. 2082 e 2083 c.c. Ancora, e più significativamente, l'interpretazione in senso formalistico dell'incipit del D.Lgs. n. 231 del 200, creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano costituzionale connesse ad una disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse e articolate.

¹²⁸ In tal senso Cass. Pen. Sez. II, n.28699/2010, in cui la questione imponeva una soluzione di diritto in merito all'applicabilità del decreto nell'ambito di un procedimento a carico di una struttura ospedaliera specializzata e di altra società partecipante alla prima. *Prima facie*, l'applicabilità era stata esclusa in ragione della natura di interesse pubblico dell'attività sanitaria, pur comunque partecipata al 49% da capitale privato.

¹²⁹ Sull'analisi della responsabilità degli enti all'interno dei gruppi di società si veda DI NOTA, *la responsabilità amministrativa da reato degli enti nei gruppi di società*, in *Giurisprudenza penale*, 2017, p.2

Per quanto concerne la prima delle questioni, la Corte di Cassazione in una nota sentenza¹³⁰ ha chiarito che “non è sufficiente la generica asserzione di un rapporto di controllo o di collegamento tra società per potersi [...] affermare che le società controllate o collegate siano corresponsabili di condotte che hanno determinato l'acquisizione del profitto illecito”.

Dunque, la giurisprudenza in esame ha sostanzialmente escluso la possibilità di ritenere penalmente responsabili le società controllate per i reati commessi all'interno della società capogruppo dai soggetti che, con quest'ultima, hanno un rapporto di tipo organizzativo-funzionale.

Diverso percorso giurisprudenziale ha avuto la seconda questione, concernente la responsabilità della *holding* per i reati commessi all'interno delle società controllate. In particolare, in una nota sentenza del 2011, la Cassazione aveva ritenuto che, al fine di affermare la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001, fossero necessarie alcune condizioni: in primo luogo, la sussistenza di un reato presupposto (nel caso di specie, la corruzione) e, in secondo luogo, la realizzazione della fattispecie criminosa da parte di un soggetto che avesse con l'ente rapporti di tipo organizzativo-funzionale. In effetti, la *holding* può rispondere ai sensi del decreto quando il soggetto che agisce per suo conto concorre con il soggetto che commette il reato, non essendo sufficiente, dunque, un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società. Infine, come richiede la Corte, l'ultima condizione è soddisfatta se il reato presupposto è commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da verificarsi, però, in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o una effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto.¹³¹

Con l'intento di terminare questa prima trattazione, è necessario ricordare che la responsabilità da reato degli enti è una responsabilità diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella che si configura nei confronti della persona fisica¹³²; infatti, l'art. 8 del decreto legislativo specifica che “*la responsabilità*

¹³⁰ In tal senso Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 2658 del 2014, nel noto caso ILVA.

¹³¹ In tal senso Cass. Pen., Sez. V, sent. N. 24583/2011.

¹³² Sul punto si veda DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p.3

*dell'ente sussiste anche quando a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.*¹³³»

In merito al punto a) l'autonomia è giustificata dall'esigenza di evitare possibili scappatoie, perché quando si tratta di imprese di grandi dimensioni, la complessità delle strutture può rendere difficoltoso l'accertamento della responsabilità della persona fisica (talvolta, è addirittura impossibile: si pensi ai reati informatici, dove le postazioni vengono utilizzate da un numero indefinito di soggetti).¹³⁴

Nello specifico, in base a questa impostazione, se l'autore persona fisica resta, dunque, non identificabile, conseguenza logica impone che sarà impossibile, in concreto, verificare che questi appartenga alla categoria dei soggetti apicali ovvero dei subordinati, e dunque applicare la disciplina prevista per i primi o per i secondi, con tutti gli effetti che da ciò conseguono (si veda *infra* 1.1).

Si rilevi, inoltre, che quando l'identificazione della persona fisica risulti necessaria per la contestazione di un reato doloso o colposo, fin quando non venga dimostrato l'uno o l'altro non può parlarsi di un reato e dunque difetterebbe il presupposto per la responsabilità dell'ente.¹³⁵

In merito al punto b) il legislatore ha sostanzialmente rimarcato la piena autonomia della responsabilità, consentendo dunque di muovere un rimprovero all'ente anche allorché il reato della persona fisica si è estinto, in via esemplificativa, per prescrizione.¹³⁶

¹³³ Si noti che, tra le cause di estinzione del reato vengono annoverate anche la remissione della querela e la riparazione (art. 152 e 162 ter c.p.); tuttavia l'art 37 del d.lgs. afferma che non si può procedere all'accertamento in merito alla responsabilità dell'ente quando l'azione penale non può essere iniziata o proseguita nei confronti della persona fisica, se manca nei suoi confronti una condizione di procedibilità. La dottrina ha, tuttavia, escluso che la non punibilità della persona fisica ex art. 131 bis c.p. possa riflettersi sulla responsabilità da reato dell'ente. ALESSANDRI – SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Vol. I, Giappichelli Editore, Torino, 2018, p.121

¹³⁴ Sul punto si veda DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., p.3 ss.

¹³⁵ Sul punto ALESSANDRI – SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit. p.121 ss.

¹³⁶ Il regime di prescrizione nei confronti della persona fisica è delineato all'art. 22 comma 1 del d.lgs. 231/2001: "Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato".

1.1. I criteri oggettivi e soggettivi di imputazione del reato commesso dalla persona fisica

L'art. 5 del decreto legislativo prevede che *“l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; ovvero da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui sopra.*

L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi”.

Il criterio oggettivo di imputazione del reato della persona fisica all'ente, come si è accennato, è basato su un fatto-reato commesso dalla persona fisica per “interesse” o “a vantaggio” dell'ente e consente, in un certo qual modo, di concretizzare normativamente l'idea dell'immedesimazione organica.¹³⁷

Tuttavia, il binomio interesse-vantaggio, che a prima vista apparirebbe di chiara percezione, è stato oggetto di un vero e proprio rompicapo per la dottrina e la giurisprudenza, che hanno ricercato il significato da attribuire ad entrambe le locuzioni.

Secondo un primo orientamento, anche qualificato come tesi monista, i due termini vanno considerati come dei sinonimi, espressivi di un unitario criterio oggettivo.

In tal senso, l'interesse sembrerebbe l'unico criterio rilevante, che richiede una proiezione finalistica della condotta, mentre il vantaggio costituirebbe una “variabile casuale”, che potrà anche verificarsi concretamente senza che, per ciò solo, si configuri un reato.¹³⁸

Lo stesso comma 2 dell'art 5, infatti, specifica che l'ente non risponde se la persona fisica ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi e va considerato come un'ipotesi di rottura dell'immedesimazione organica; l'eventuale vantaggio, come

¹³⁷ L'espresso riferimento al criterio è sottolineato dallo stesso legislatore all'interno della Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p.16, dove si parla di “espressione normativa del rapporto di immedesimazione organica”.

¹³⁸ In tal senso PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti* cit., p.425. DE VERO, *La responsabilità, penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, p.159

specifica la stessa Cassazione, va considerato come fortuito, in quanto non attribuibile alla volontà dell'ente.¹³⁹

Un ulteriore appiglio normativo su cui fanno leva i sostenitori di tale tesi è rinvenibile nel comma 1 dell'art. 12, lett. a), dove il legislatore prevede la riduzione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ha ricavato alcun vantaggio o un vantaggio minimo.

Alla stregua del dato testé richiamato, l'interesse costituisce una *condicio sine qua non*, mentre il vantaggio può anche in concreto mancare, senza che ciò porti ad escludere la responsabilità della *societas*.¹⁴⁰

Inoltre, da ultimo, è stato specificato che “il vantaggio può essere valorizzato, su un piano processuale, quando è necessario formare la prova della responsabilità dell'ente, quale elemento apprezzabile *ex post* ma dimostrativo di un suo interesse *ex ante* e che esso sia destinato a perdere vigore probatorio in presenza della prova positiva di un interesse esclusivo proprio o di terzi presente nella condotta tenuta da parte delle persone indicate nel primo comma (dell'art. 5)”.¹⁴¹

Altro filone giurisprudenziale e dottrinale, invece, ha ritenuto qualificabile l'interesse e il vantaggio come criteri distinti, ai quali vanno attribuiti significati differenti.¹⁴²

In particolare, la tesi fa leva sulla specificazione effettuata nella Relazione¹⁴³ di accompagnamento al decreto, all'interno della quale viene chiarito che il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e si accontenta di una verifica *ex ante*, viceversa il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non ha agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*.

La giurisprudenza, in una nota sentenza, infatti, ha accolto la tesi della natura disgiunta dei due termini, ritenendo che detti “vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse a monte della società ad una locupletazione

¹³⁹ In tal senso Cass. Pen. Sez. VI, n.32627/2006, La Fiorita s.c.a.r.l.

¹⁴⁰ In tal senso, DE SIMONE, *la responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 35, che richiama la tesi sostenuta da RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009, p.182

¹⁴¹ Trib. Trani, sez. distaccata Molfetta, 11 gennaio 2010, Truck Center e altri.

¹⁴² Sul punto si veda DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p.36 ss.

¹⁴³ Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001

– prefigurata pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata in conseguenza dell’illecito – rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all’esito del reato, perfino se non espressamente divisato *ex ante* dall’agente”.¹⁴⁴

Il criterio utilizzato dal legislatore di imputazione oggettiva, fondato sull’interesse e il vantaggio, non pone eccessive problematiche quando si tratta di reati dolosi.

La questione però, si complica in presenza di reati colposi d’evento, dove la ricerca dell’“interesse” dell’ente apparirebbe priva di significato giuridico e “il vantaggio” potrebbe addirittura non esistere, perché dall’evento morte o lesione personale, in via esemplificativa, l’ente non trarrebbe alcun beneficio.¹⁴⁵

La Cassazione a Sezioni Unite, in una nota sentenza, con l’intento di adeguare i due criteri alle ipotesi colpose, ha sostenuto che per la loro concreta applicazione, è necessario riferire l’interesse e il vantaggio non all’esito antigiuridico, ma alla condotta: quest’ultima, consistendo nella violazione di regole cautelari, può essere realizzata nell’interesse dell’ente, qualora avvenga attraverso un risparmio di spesa ottenuto mediante il mancato rispetto delle regole antinfortunistiche; allo stesso modo, può essere, altresì, garantito un vantaggio, valutabile *ex post*, qualora il risparmio di spesa venga effettivamente conseguito.¹⁴⁶

Il criterio oggettivo di imputazione, tuttavia, non si esaurisce con la sola verifica dell’interesse o vantaggio dell’ente; l’art. 5 infatti, immediatamente dopo l’enunciazione dei due elementi, specifica che il reato dev’essere stato commesso da

¹⁴⁴ In tal senso Cass. Pen. Sez. II, n. 3615/2006, Jolly Mediterraneo s.r.l.; ugualmente, seppur con qualche ulteriore specificazione, Cass. Pen. Sez. II n. 295/2018: “In tema di responsabilità penale degli enti, l’interesse dell’autore del reato può coincidere con quello dell’ente, ma la responsabilità di quest’ultimo sussiste anche quando, perseguendo il proprio autonomo interesse, l’agente obiettivamente realizza anche quello dell’ente. Ne consegue che, perché possa ascrivere all’ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell’autore di quest’ultimo tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l’interesse non strettamente economico del medesimo.”

¹⁴⁵ Sul punto si veda GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale parte generale*, cit., 799 ss.

¹⁴⁶ In tal senso Cass. Pen. Sez. un., n. 38343/2014, Caso ThyssenKrupp. Richiamata e ampliata da Cass. Pen. Sez. IV n. 38363/2018 “i criteri dell’interesse e del vantaggio (nelle ipotesi colpose) di cui all’art. 5 del medesimo decreto devono essere intesi nel senso che il primo sussiste in ogni caso in cui la persona fisica penalmente responsabile abbia violato la normativa antinfortunistica con il consapevole intento di ottenere un risparmio di spesa per l’ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento; mentre il secondo sussiste in ogni caso in cui la persona fisica abbia sistematicamente violato la normativa antinfortunistica, ricavandone, oggettivamente, un qualche vantaggio per l’ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio. L’entità del vantaggio, che non può certo essere irrisoria, è rimessa alla valutazione del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità ove congruamente ed adeguatamente apprezzata.”

soggetti “qualificati” e riconducibili a due distinte categorie: a) persone che rivestono la funzione di rappresentanza, amministrazione e direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa, dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;¹⁴⁷ b) persone sottoposte alla direzione e alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

Partendo dall’analisi della prima categoria, il legislatore ha ritenuto opportuno ricondurre all’ente, le condotte di chi assume all’interno dello stesso una posizione di vertice.

Il legislatore, nell’individuazione di questa prima categoria di soggetti, ha proceduto ad una delimitazione fondata su una chiave oggettivistico-funzionale e ha dato maggior rilievo allo svolgimento del ruolo da parte della persona fisica, piuttosto che all’aspetto formale della carica ritualmente rivestita giungendo, dunque, a parificare i soggetti di diritto con i soggetti di fatto.¹⁴⁸

All’interno della categoria a) rientrano, in primo luogo, le persone che svolgono funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione dell’ente.

Per quanto concerne la rappresentanza della *societas* è opportuno ricordare che essa può essere intesa con due accezioni differenti: come rappresentanza negoziale o volontaria, e dunque, fondata su un rituale atto di procura, oppure come rappresentanza organica o istituzionale, spettante a determinati soggetti all’interno della società che rivestono un dato ruolo di spicco (di solito, nelle società di capitali, spetta al presidente del consiglio di amministrazione).

Nessun dubbio per quanto concerne la seconda ipotesi: coloro che svolgono la funzione di rappresentanza organica rientrano pacificamente tra i soggetti apicali.

Per quanto riguarda, invece, la categoria dei soggetti che svolgono funzioni di rappresentanza volontaria, si ritiene in dottrina che confluiscono nella lett. b) dell’art.5,

¹⁴⁷ Si noti che tra i soggetti in posizione apicale, il legislatore non ha richiamato i sindaci. La loro esclusione è giustificata dall’esercizio delle loro funzioni: questa categoria di soggetti assume su di sé poteri di controllo, ma difetta dei poteri di gestione. Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 60, DE VERO, *La responsabilità* cit., p.154 C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit. p.332

¹⁴⁸ Sul punto si veda DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p.23, che richiama quanto già osservato da GENNAI – TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2001, p.41

perché dovendo adempiere ad un obbligo di rendiconto, sono sottoposti all'altrui vigilanza o controllo.¹⁴⁹

La funzione di amministrazione della società, invece, non solleva particolari problemi interpretativi e richiama in particolare gli amministratori, soggetti che per antonomasia vengono considerati apicali, ai quali spetta la gestione della stessa.¹⁵⁰

Si deve, altresì, tener conto, in questa categoria, dei differenti modelli adottati all'interno delle strutture societarie, che di norma si distinguono in modello tradizionale, dualistico o monistico o ancora, il modello "latino" di amministrazione e controllo della società per azioni.¹⁵¹

In queste ipotesi, pur essendo denominati diversamente gli organi interni, in merito alle funzioni svolte, vengono pacificamente ricondotti alle categorie classiche del modello tradizionale.

Per quanto, infine, attiene alla funzione di direzione: quest'ultima spetta ai direttori generali, che risultano in realtà dipendenti della società, di cui i poteri di gestione vengono delineati all'interno del contratto di lavoro e che sono sottoposti alle direttive del consiglio di amministrazione.

Tuttavia, nelle imprese di medio – grandi o grandi dimensioni, essi acquisiscono un ruolo superiore o comunque parificabile agli amministratori e ciò ne giustifica ampiamente la collocazione tra i soggetti apicali.¹⁵²

Si è già anticipato che lo schema di imputazione del reato della persona fisica all'ente, contiene, altresì, il riferimento ad un'altra categoria di soggetti, in particolare, si richiama l'ipotesi di cui alla lettera b), e dunque, le persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza degli apicali.

¹⁴⁹ Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p.58; SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004, p.184 ss.

¹⁵⁰ Il contenuto del potere gestorio attribuito all'organo amministrativo può distinguersi in: poter di iniziativa (potere di promuovere l'attività deliberativa dell'assemblea), potere esecutivo (potere di dare esecuzione alle decisioni dei soci), potere rappresentativo (potere di manifestare all'esterno la volontà sociale agendo in nome e per conto della società). Sul punto si veda DI GIOVINE, *lineamenti sostanziali*, cit., p.60 ss.

¹⁵¹ Sul punto si veda DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p.24

¹⁵² Per quanto riguarda l'analisi della funzione di direzione si veda DE SIMONE, *La responsabilità*, cit., p.24; RIVERDITI, *La responsabilità* cit. p.152.

In effetti, non vi sarebbe nessun tipo di ragione per escludere tale categoria dal novero dei soggetti qualificati, poiché anche i sottoposti sono in grado di porre in essere atti che si riversano nella sfera giuridica dell'ente.

In realtà, secondo alcuni studi,¹⁵³ molti reati d'impresa vengono realizzati da coloro che si trovano in una posizione intermedia, come i manager o da semplici addetti, che nell'espletamento del loro incarico d'ufficio, sono in grado di mettere in pericolo i beni giuridici tutelati. Il legislatore, inoltre, ha soddisfatto l'ulteriore esigenza di evitare "scaricamenti verso il basso" della responsabilità, che consentirebbe agli enti di godere di spazi d'impunità.¹⁵⁴

Si precisa, inoltre, che il decreto non richiede l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'ente e la persona fisica; diversamente, risulta sufficiente che il soggetto sia sottoposto all'altrui direzione o vigilanza.

Questa specificazione consente di far rientrare nei soggetti di cui alla lett. b) anche i collaboratori esterni, gli agenti di commercio o ancora i franchisees,¹⁵⁵ che, non risultando autonomi nello svolgimento del loro incarico, sono "controllati" dagli apicali.¹⁵⁶

I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente testé richiamati, sono accompagnati da criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità, dedotti implicitamente dagli artt. 6 e 7 del decreto legislativo.

La scelta legislativa sembra ispirata alla c.d. colpa di organizzazione. Più nel dettaglio, si tratterebbe di una responsabilità dell'ente che presuppone la commissione di un reato doloso o colposo ad opera di un soggetto apicale ovvero di un soggetto in posizione subordinata e che conduce, da un lato, all'adozione di cautele diversamente modulate a seconda della qualifica dell'autore del reato e, dall'altro, alla formulazione di un meccanismo di distribuzione dell'onere probatorio parzialmente differente.¹⁵⁷

¹⁵³ Sul punto si veda DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p.51; STELLA, *Criminalità d'impresa*, cit. 463

¹⁵⁴ Sul punto si veda PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, tredicesima edizione, a cura di GROSSO, Giuffrè, Milano, 2007., p.863

¹⁵⁵ In questo senso RIVERDITI, *La responsabilità*, cit., p.161; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., p.426

¹⁵⁶ Unica riserva che va manifestata per l'inclusione dei sottoposti riguarda i reati societari; questi, in particolare, qualificandosi come reati tipicamente propri, non possono, per definizione, essere mai commessi dai sottoposti. Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit, p.65 ss.

¹⁵⁷ Sul punto si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p.85

Nell'ipotesi di un reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto che occupa una posizione apicale all'interno della struttura, l'art. 6 prevede che l'ente non risponde se prova che: ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato della specie di quello verificatosi; ha istituito un organismo di vigilanza che ha autonomi poteri di iniziativa e di controllo, a cui è affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello e sul rispettivo aggiornamento; il vertice ha commesso il fatto eludendo fraudolentemente il modello organizzativo e di gestione; non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo a ciò destinato.

Come emerge dalla formulazione dell'art.6, il meccanismo di imputazione della responsabilità all'ente deriva dal più pregnante rapporto di immedesimazione organica che si instaura tra la persona fisica e la struttura di appartenenza.¹⁵⁸

Già all'interno della Relazione di accompagnamento, infatti, fu specificato che “nel caso di reato commesso da un vertice, il requisito soggettivo di responsabilità dell'ente è soddisfatto dal momento che il vertice esprime e rappresenta la politica d'impresa.” Tale ultimo aspetto, giustifica anche la presenza all'interno del testo dell'esclusione della responsabilità dell'ente che “prova” la sua estraneità, poiché fisiologicamente i vertici esprimono la politica d'impresa e dunque vi è una loro piena identificazione con l'organizzazione di appartenenza.

“L'ente [dunque] si rappresenta e vuole il fatto di reato da cui trae origine la sua responsabilità”¹⁵⁹; sarà, quindi, l'ente a dover, in un certo qual modo, “dimostrare” la rottura dell'immedesimazione organica e che il reato è stato frutto della decisione autonoma dell'apicale.¹⁶⁰

L'art. 7 disciplina l'ipotesi di reato commesso da soggetto sottoposto all'altrui vigilanza; in questo secondo caso, l'ente viene ritenuto responsabile se il fatto è stato

¹⁵⁸ In tal senso SCAROINA, *il problema del gruppo di imprese*, cit., p.146; PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001 p.32.

¹⁵⁹ SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*, cit., p.151

¹⁶⁰ La giurisprudenza è, inoltre, intervenuta sulla questione concernente l'inversione dell'onere della prova, chiarendo che: “grava comunque sull'accusa l'onere di dimostrare la commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui all'art 5 del decreto n.231 del 2001 e la carente regolamentazione interna dell'ente, mentre quest'ultimo ha ampia facoltà di fornire la prova liberatoria” Sezioni Unite della Cassazione sul caso Thyssenkrupp (Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 n. 38343)

reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di controllo che la società assume nei confronti dei sottoposti (in tal caso, non si verificherà l'inversione dell'onere della prova).

In tale ipotesi, diversamente dal reato commesso dagli apicali, si configura un deficit di organizzazione, che va, anche in questo caso, misurato con il modello organizzativo. Infatti, come chiarisce il secondo comma dell'art. 7, in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Tuttavia, la formulazione della norma parrebbe non rispecchiare limpidamente la realtà societaria.

Se nelle organizzazioni tradizionali, infatti, era possibile comprendere la suddivisione di "compiti", come attività lavorative delineate con precisione e attribuite ad una data persona, oggi la struttura delle imprese adotta una diversificazione fondata sui "ruoli", che richiede un intervento anche di giudizi e abilità.

Tale fenomeno societario si pone in antitesi con l'impostazione del decreto fondata su un "controllo gerarchico", e richiederebbe un intervento, *de lege ferenda*, da parte del legislatore.¹⁶¹

1.2. La struttura dei Compliance Programs e la funzione esimente dei modelli organizzativi

La novità legislativa di maggior rilievo è costituita dalla formulazione dei modelli organizzativi, ampiamente ispirati alle *Federal Sentencing Guidelines* elaborate nel 1991 dall'U.S. *Sentencing Commission*.

In particolare, nell'ordinamento americano, l'approccio utilizzato per limitare e gestire la commissione dei reati all'interno delle imprese, è quello del *carrot – stick*: da una parte, viene prospettata la minaccia di pene pecuniarie molto elevate e dall'altra

¹⁶¹ Sulla problematica si rinvia a DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit.p.66

vengono predisposte misure premiali per l'impresa che mantiene dei comportamenti diretti a prevenire e scoprire la commissione di reati.¹⁶²

Ed è proprio dal lato del “*carrot*” che vengono configurati i c.d. *Compliance Programs*, sistemi di cautele interne alla società volti ad implementare il rispetto di standard economici e di comportamento idonei a prevenire il reato.

Ora, i punti di contatto tra il modello italiano e americano sono molteplici: in primo luogo, l'adozione della *Compliance* nelle strutture complesse è lasciata alla libera scelta dell'ente; il legislatore italiano ha ritenuto, infatti, di rendere facoltativo il sistema di gestione del rischio¹⁶³, probabilmente per non compromettere la libertà di iniziativa economica.¹⁶⁴ Si deve aggiungere che, oltre all'adozione del modello, entrambe le discipline richiedono qualcosa in più: il modello organizzativo dev'essere effettivo a tal punto che sia oggettivamente conseguita la sua concreta attuazione.

Le differenze di maggior rilievo, invece, attengono ai profili di premialità¹⁶⁵: nel sistema italiano, l'adozione e l'efficace attuazione del modello consentono talvolta di escludere la responsabilità dell'ente per l'illecito della persona fisica, mentre nel sistema americano la misura premiale attiene alla sola diminuzione della sanzione.

Sul punto, è necessario effettuare una precisazione: la disciplina statunitense dipende dall'istituto della *vicarious liability*, attraverso il quale “il comportamento criminoso e l'elemento psicologico delle persone fisiche-rappresentanti dell'ente vengono imputati automaticamente alla persona giuridica”.¹⁶⁶

Nell'ordinamento italiano, come precedentemente sottolineato, il principio della responsabilità penale personale impone al legislatore di “frenare” gli istinti di imputazione oggettiva e ricercare nella condotta dell'ente una rimproverabilità tale per cui il reato può essergli addebitato.

¹⁶² Sul punto si veda DE MAGLIE, *L'etica*, cit. p. 73

¹⁶³ Da ultimo, vi sono state iniziative legislative volte a rendere obbligatoria l'adozione di modelli organizzativi per determinate categorie di società (in particolare si fa riferimento al disegno di legge 726/ 2018 di modifica del d.lgs.231/2001 presentato dal Senato).

¹⁶⁴ Si tenga a mente, inoltre, che il modello organizzativo ha un costo elevato, soprattutto per quanto concerne la sua concreta attuazione e la predisposizione dell'organismo di vigilanza. La scelta legislativa, dunque, di rendere facoltativi i modelli è ampiamente giustificata: le piccole imprese, ad esempio, subirebbero un costo di gran lunga superiore a quanto di fatto necessario.

¹⁶⁵ Sui punti di contatto e le differenze tra le due discipline, si veda DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p.87; DE MAGLIE, *L'etica*, cit. p.102

¹⁶⁶ DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p.16

Tornando al fulcro della questione, i modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato assumono, in primo luogo, una funzione esimente, facendo venir meno la colpevolezza dell'ente, allorquando il reato è frutto della condotta fraudolenta della persona fisica.

Ma vi è di più. Il modello delineato all'interno del decreto legislativo assume natura riparatoria¹⁶⁷: qualora lo stesso venga adottato dopo la commissione del fatto reato consente di ridurre la sanzione pecuniaria e far venir meno la sanzione interdittiva.¹⁶⁸

L'idoneità del modello, inoltre, consente di verificare e graduare la responsabilità dell'ente, talché la valutazione che avrà ad oggetto lo stesso, dovrà essere realizzata *ex ante* dal giudice¹⁶⁹, mediante un giudizio di prognosi postuma e non *ex post*, successivamente alla commissione del reato.

Qualora, infatti, l'analisi giudiziaria muovesse *ex post*, verrebbe vanificato lo scopo del modello organizzativo: ogni strumento di cautela si presterebbe ad un giudizio negativo, data, appunto, la realizzazione della condotta criminosa.

“In altri termini, occorre che il giudice verifichi, secondo una valutazione probabilistica, se in quelle condizioni concrete, considerate in un momento precedente rispetto alla commissione del delitto, questo sarebbe stato impedito se non fossero intervenute circostanze eccezionali e imprevedibili che, di fatto, ne hanno consentito la realizzazione.”¹⁷⁰

Il decreto legislativo ha predisposto l'adozione di cautele lievemente diverse agli artt. 6 e 7, graduate in base al soggetto qualificato-autore del reato.

¹⁶⁷ Le differenti funzioni sono d'ausilio per comprendere la distinzione tra modello ante factum e post factum: quanto al primo, è pienamente sottoposto al giudizio di prognosi postuma del giudice; per il secondo, sebbene l'analisi venga effettuata mediante lo stesso criterio, la struttura deve essere più specifica poiché deve incidere significativamente sull'idoneità, essendosi il reato già verificato. In sostanza, la verifica comporterà l'aver rimosso le carenze organizzative che hanno contribuito alla realizzazione del fatto illecito. Sul punto GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Rivista 231, 03/2007, p.2

¹⁶⁸ In merito alle due funzioni, si veda PIERGALLINI, *I modelli organizzativi, Reati e responsabilità degli enti, Guida al d. lgs. 8 giugno 2001*, n.231, LATTANZI (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2010, p.154 Estraneo alle due funzioni è, invece, l'istituto della confisca ex co.5, art. 6 del decreto. In particolare, il legislatore, con lo scopo di evitare che l'ente goda di vantaggi conseguiti dalla commissione del reato, sottrae, sia in forma diretta che per equivalente, quanto profittato dalla realizzazione del fatto, anche qualora non sia dichiarato colpevole. La ratio appare, dunque, evidente: l'ente lucrerebbe di un profitto illecito, derivato dalla condotta di un suo organo.

¹⁶⁹ Sul punto PASCULLI, *Responsabilità penale*, cit., p.5 ss.

¹⁷⁰ GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza"*, cit. p.2

È da subito necessario sottolineare che le disposizioni si limitano a prevedere una struttura scheletrica e generale, che va integrata sulla base della realtà aziendale di riferimento.¹⁷¹

Partendo dall'analisi dei soggetti apicali, come si è già sottolineato, l'ente non risponde se dimostra di aver adempiuto ai criteri fissati all'art. 6 e dunque, di aver adottato le misure necessarie ad impedire la verificazione del reato della specie di quello verificatosi.

Tale accorgimento impone, però, che le cautele siano realizzate prima della commissione del fatto e che l'autore del reato le abbia fraudolentemente eluse.

Il contenuto del modello organizzativo è specificato al comma due del presente articolo.

In primo luogo, la norma stabilisce che l'ente, in relazione all'estensione dei poteri delegati¹⁷², deve individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati.

In questa sede, l'ente è tenuto ad effettuare una mappatura delle aree a rischio-reato, in altre parole, occorre realizzare un'autovalutazione, nell'ambito della propria attività d'impresa, dei reati che possono maggiormente verificarsi, tenendo altresì conto degli indirizzi internazionali e delle *best practice*.¹⁷³

In questo contesto, sarà necessario dedicarsi ad un'analisi probabilistica (di cui il risultato delinea il c.d. rischio accettabile) sulla violazione di legge e sui soggetti che, date le loro funzioni, possono concretamente realizzare il reato.

¹⁷¹ La genericità con cui il legislatore ha predisposto il contenuto del modello organizzativo è stata in parte criticata dalla dottrina. In particolare, sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni, l'assenza di criteri penetranti in merito alla redazione del suddetto modello e l'individuazione dell'organismo di vigilanza ha sollevato profonde incertezze dottrinali, poiché il legislatore ha devoluto il rilevante compito alle associazioni di categoria, di cui, però, le indicazioni non sono in grado di vincolare il giudice. Ecco, dunque, l'innegabile rischio di collusione con il principio di legalità, che stante la natura penale della responsabilità ormai accolta, richiede un'applicazione anche nei confronti degli enti. Sul punto, SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE - MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 73-85

¹⁷² La norma fa sostanzialmente riferimento al decentramento di poteri e deleghe all'interno delle strutture complesse. Nelle realtà aziendali, tuttavia, la distribuzione di funzioni è mutevole nel tempo, e dunque non consente di realizzare un reticolato definitivo di regole. Dunque, la redazione del modello organizzativo da parte dei vertici dovrà concretizzarsi in una predisposizione di percorsi di legalità stringenti. Sul punto si veda, PRESUTTI – BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, Milano, 2018., p.104 ss.

¹⁷³ Sul punto si veda PRESUTTI – BERNASCONI, *Manuale della responsabilità*, cit. 104 ss.

Per richiamare un esempio pratico, qualora l'attività d'impresa comporti la gestione di appalti e concessioni, il rischio reato non potrà che rappresentarsi in fattispecie corruttive.

Si tenga a mente, inoltre, che dato il carattere di specificità che deve accompagnare il modello organizzativo, “non sarà suscettibile di un positivo giudizio di efficacia un *Compliance program* che [...] definisca *sic et simpliciter* l'area di attività a rischio.”¹⁷⁴ Funzionale, in via esemplificativa, alla realizzazione di una corretta verifica è la c.d. *gap analysis*, che consente di ricercare l'allontanamento della realtà aziendale dal modello di prevenzione idealistico in tema di controlli e procedure adottate.¹⁷⁵

L'individuazione delle aree, inoltre, non può essere considerata come attività statica: il rischio che si commetta un reato è strettamente collegato al catalogo delle fattispecie previste all'interno del decreto legislativo.

Negli anni, infatti, il legislatore ha provveduto ad estendere sempre di più il catalogo dei reati, incaricando l'ente di provvedere ad un modello maggiormente integrato ed analitico, soggetto a periodiche verifiche di conformità.

In secondo luogo, sempre alla stregua del secondo comma dell'art 6, l'ente deve prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente, in relazione ai reati da prevenire.¹⁷⁶

Si è parlato, in merito, di una c.d. formalizzazione del processo decisionale, che si attua mediante una frammentazione delle competenze e una polverizzazione dei centri decisionali.

Dunque, in altre parole, l'ente sarà chiamato a sequenziare le modalità con cui vengono adottate le decisioni e a divisare le funzioni, impedendo a soggetti che abbiano già partecipato ad una fase, di occupare un ruolo anche nelle altre.

Ancora, il comma due prosegue richiedendo all'ente di individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati: questo ulteriore elemento di *Compliance* sottolinea la presa di coscienza da parte del

¹⁷⁴ IELO, *Compliance programs: natura e funzioni nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/2001*, in Rivista 231, 2006, p.11

¹⁷⁵ Sul punto PRESUTTI – BERNASCONI, *Manuale della responsabilità*, cit. 104 ss.

¹⁷⁶ Oltre alla formulazione di protocolli, l'ente può dotarsi anche di un codice etico, attraverso il quale effettua un'autoregolamentazione e in cui sono predisposti i principi fondamentali, i doveri, i diritti e le responsabilità della persona giuridica nei confronti degli stakeholders, ossia soggetti che sono coinvolti, a vario titolo, nell'attività aziendale. Sul punto PRESUTTI – BERNASCONI, *Manuale della responsabilità*, cit., p.123

legislatore delle conseguenze illecite che comporta una irrazionale ripartizione delle risorse finanziarie all'interno della società.

Il decreto legislativo richiede all'ente di prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli: in sostanza, colui che è chiamato a svolgere tali funzioni deve poter effettivamente espletare l'attività a cui è destinato e dunque avere a disposizione i dati necessari a far ciò.

Connesso al tema dei flussi informativi, è l'istituto delineato al comma 2-bis (integrato dai commi 2-ter e quater)¹⁷⁷ del medesimo articolo: il legislatore, con la l. n. 179/2017, ha previsto la riformulazione nel decreto legislativo del modello del *whistleblowing* di stampo amministrativo, attraverso il quale è stato rafforzato il meccanismo di rilevazione delle segnalazioni provenienti dal personale interno e garantita la riservatezza del denunciante.

L'attività dell'Organismo di Vigilanza, benché non preveduta espressamente all'art. 6, dev'essere integrata con attività di comunicazione e formazione del personale: la conoscenza e l'operatività dei modelli deve essere portata a conoscenza dei soggetti interni, ai quali dovranno essere altresì palesati "i poteri autorizzativi, le linee di

¹⁷⁷ I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono:

a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;

b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;

c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;

d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.

2-ter. L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo.

2-quater. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. È onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

dipendenza gerarchica, le procedure e tutto quanto contribuisca a dare trasparenza nell'operare quotidiano.”¹⁷⁸

Infine, l'ente deve introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.¹⁷⁹

In questa sede, la struttura societaria dovrà prevedere con chiarezza le infrazioni al modello e le corrispettive sanzioni, dovrà portare a conoscenza dei propri dipendenti i contenuti dell'apparato disciplinare, ancora, incaricare l'organo destinato all'irrogazione delle sanzioni e garantire un contraddittorio al destinatario del provvedimento.¹⁸⁰

Senza alcun dubbio, è questo l'elemento a carattere maggiormente pedagogico e dissuasivo della disciplina, rendendo effettivo il sistema di cautele introdotto dal decreto.¹⁸¹

Alla stregua del terzo comma dell'art 6, il legislatore precisa che i modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, sulla base di codici di comportamento, redatti dalle associazioni rappresentative degli enti.

In sostanza, la scelta di attribuire alle associazioni di categoria tale funzione, risponde a due ragioni: in primo luogo, viene, in tal maniera, garantita una certa uniformità tra i modelli adottati dagli enti sul territorio statale; in secondo luogo, il legislatore ha ritenuto che tali organismi fossero consci delle dinamiche aziendali, dei meccanismi interni e che fossero, ancora, in grado di interpretare le istanze dell'imprenditoria.¹⁸²

Si precisa, inoltre, che tali codici sono, anche in questo caso, facoltativi e il sindacato sulla loro validità è lasciato al Ministero della Giustizia, che può procedere anche a formulare osservazioni entro trenta giorni, decorsi i quali, si possono reputare automaticamente validi.

Tuttavia, la convalida ministeriale non assume funzione liberatoria per l'ente: non può, infatti, fungere da strumento che ne attesti la piena idoneità, cosicché possa esimersi dall'applicazione della sanzione.

¹⁷⁸ LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA

¹⁷⁹ Sull'analisi dell'art 6, si veda PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p.156 ss.

¹⁸⁰ Sul punto PRESUTTI – BERNASCONI, *Manuale delle responsabilità*, cit. p.125

¹⁸¹ Coloro che svolgono funzioni all'interno della società, infatti, saranno inclinati a realizzare condotte conformi a legge, in vista di un sistema sanzionatorio loro rivolto.

¹⁸² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit. p.98

Le linee guida, infatti, non sono sottratte alla valutazione discrezionale del giudice, il quale, essendo chiamato a giudicare l'idoneità del modello, potrà utilizzare i codici di comportamento come strumenti di confronto con la *compliance* aziendale.¹⁸³

L'art. 7, nell'ambito del criterio di imputazione soggettivo per i reati commessi da soggetti sottoposti, si limita a delineare una struttura semplificata del modello organizzativo, specificando che, in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato e concretamente attuato il modello organizzativo.

Il legislatore, inoltre, sottolinea esclusivamente il contenuto dell'efficace attuazione, da un lato, richiedendo una verifica periodica sul modello quando emergono significative violazioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione e, dall'altro, una predisposizione di un sistema disciplinare, che sanzioni il mancato rispetto delle misure di *compliance*.

Ora, nell'ottica legislativa sembrerebbero due modelli organizzativi differenti; nella prassi, tuttavia, gli enti tendono ad adottare un unico modello, diretto a tutti i soggetti che impegnano la volontà dell'ente, indipendentemente dal ruolo che gli stessi ricoprono.

Si tenga, inoltre, presente che, la struttura delineata dall'art. 7 si presterebbe ad ingenti critiche di indeterminatezza se fosse oggetto di redazione autonoma ed andrebbe comunque integrata dai criteri inseriti all'art. 6.¹⁸⁴

1.3. Brevi cenni sulle caratteristiche dell'Organismo di Vigilanza

L'architettura delineata dal legislatore delegato è arricchita dall'istituzione di un organismo di governance *sui generis*¹⁸⁵, chiamato a vigilare sul funzionamento e

¹⁸³ Sulla validità dei codici di comportamento G.i.p., Trib. Roma 4 aprile 2003, Finspa

¹⁸⁴ GARUTI, *Profili giuridici*, cit., p.2

¹⁸⁵ L'istituzione dell'Organismo di Vigilanza non è sempre obbligatoria: l'art. 6, co. 4 specifica che negli enti di piccole dimensioni i compiti dell'OdV possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

sull'osservanza del modello e a curarne il relativo aggiornamento, in quanto, una volta adottato è necessario che venga assicurata la sua validità.

Seppur delineate all'interno delle cautele previste per i reati commessi dai soggetti apicali, nella prassi le funzioni dell'OdV vengono, di fatto, rivolte anche a coloro che sono sottoposti all'altrui direzione e vigilanza: una scelta che, sebbene non espressamente richiesta all'interno dell'art. 7, appare espressiva di una volontà delle strutture complesse di adeguarsi alle finalità proprie della novità legislativa.¹⁸⁶

Tuttavia, l'art. 6 manca di esaustività: difatti, il legislatore si è limitato ad individuarne le ampie funzioni, non specificandone però, i criteri per l'individuazione dell'organo interno, che di fatto è chiamato a svolgerle.

L'insufficienza dei canoni da utilizzare è stata, in aggiunta, confermata dalle Linee Guida delle associazioni di categoria che, in assenza di una indicazione univoca, hanno prospettato una serie di alternative da sperimentare nella realtà societaria.¹⁸⁷

La dottrina, dunque, all'indomani dell'introduzione del decreto legislativo, si è interrogata sulla necessità di istituire un nuovo organismo ovvero di attribuire dette funzioni ad uno degli organi già presenti all'interno della struttura della *governance*.

La questione non sembra più assumere rilevanza pratica, poiché la dottrina, vagliando tutte le ipotesi sull'idoneità di ricondurre i poteri delineati dal legislatore ad un organo già esistente, ha optato per la configurabilità di un nuovo organismo, che si aggiunge a quelli già esistenti, e che se ne contraddistingue per la particolare funzione che è chiamato a svolgere.¹⁸⁸

Per quanto attiene ai requisiti dell'Organismo di Vigilanza, il modello 231 indica in primo luogo "l'autonomia dei poteri di iniziativa e di controllo": è senza dubbio necessario che tale organo venga isolato da qualsivoglia interferenza o condizionamento da parte di qualsiasi componente dell'ente e, in particolare,

¹⁸⁶ Sul punto PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p.167

¹⁸⁷ Sul punto SCAROINA, *Societas delinquere potest*, cit. p.179

¹⁸⁸ Sul punto PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit.p.169: L'inadeguatezza del Consiglio di amministrazione a ricoprire il ruolo di OdV era fondata sulla coincidenza tra controllante e controllato; quanto al Collegio sindacale, oltre al medesimo problema che si innescava per il consiglio di amministrazione, questi non svolge un'attività continuativa; quanto, infine, all'Internal Auditing, l'insormontabile ostacolo attiene all'assenza di autonomia, poiché era strettamente vincolato all'organo amministrativo.

dall'organo dirigente.¹⁸⁹ Si tratta, in realtà, di un organismo che è chiamato a dialogare con il vertice aziendale, ma che, di fatto, non può essere incaricato di assumere decisioni sociali o possedere poteri di impedimento.

Particolare rilevanza assume quest'ultima constatazione, poiché l'assenza di attribuzioni impeditive proprie ha indotto la dottrina a rifiutare la responsabilità penale dell'organismo ex. art. 40 cpv. c.p., per omesso impedimento dell'evento.

In particolare, la dottrina penalistica ha sottolineato l'assenza dei due requisiti minimi per l'integrazione dei reati omissivi impropri: nei confronti dell'Organismo di Vigilanza, infatti, non si rinviene l'esistenza di una posizione di garanzia né un obbligo giuridico di impedimento dell'evento,¹⁹⁰ trattandosi di obblighi esclusivamente di sorveglianza e di comunicazione sulle anomalie riscontrate.¹⁹¹

Si rileva, inoltre, che l'attività dell'organo è strettamente collegata al requisito dell'indipendenza: l'Organismo di Vigilanza deve essere frutto di una composizione mista, formata da membri interni ed esterni alla società¹⁹², poiché è questa la modalità più idonea a soddisfare da un lato l'indipendenza e dall'altro l'efficacia dell'azione.

L'impossibilità di configurare una composizione unicamente interna è giustificata dall'esigenza di garantire, come si è già sottolineato, una piena indipendenza, che verrebbe vanificata "dal condizionamento che il vincolo societario proietta sull'azione di controllo dell'organismo."¹⁹³

Diversamente, la scelta di componenti totalmente estranei all'assetto societario risulterebbe esiziale: questi infatti, pur garantendo un'assenza di interessi confliggenti,

¹⁸⁹ VALENSISE, *L'organismo di vigilanza ex. d. lgs. n. 231/2001: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in Mulino – Riviste Web, *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2/2009, p.362

¹⁹⁰ Sul punto GENNARO, *Il controllo di qualità delle attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello di organizzazione, gestione e controllo*, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, *Rivista* 231, 02/2009, 183. Il quale richiama, BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano 2004, p. 265. La dottrina è tuttavia concorde nel ritenere che si possa configurare una responsabilità civile di natura contrattuale in ragione dell'incarico ad essi conferito.

¹⁹¹ Sul punto ALESSANDRI – SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. I, cit., p. 85

¹⁹² Per quanto attiene alla individuazione dei membri interni, non si ritiene che possano confluire all'interno dell'OdV i membri del collegio sindacale, perché, seppur indipendenti, sono eccessivamente vincolati alla gestione dell'ente. I membri del consiglio di amministrazione si porrebbero, invece, in conflitto di interessi, essendo coloro nei cui confronti viene svolta la vigilanza. Non vi sono, invece, ostacoli per i membri dell'Internal Auditing, a condizione che non ostacolino la strategia dell'organo di vigilanza. Sul punto PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p.171

¹⁹³ PIERGALLINI, *IBIDEM*

hanno un'insufficiente conoscenza delle dinamiche sociali e la loro attività potrebbe dar luogo ad azioni tardive inefficaci.¹⁹⁴

Ulteriore requisito vincolante per la predisposizione dell'Organismo di Vigilanza è quello attinente alla professionalità dei membri, siano essi interni ed esterni: questi, dunque, devono possedere specifiche competenze, tra le quali rientrano le conoscenze giuridiche, tecnico-contabili e strategiche.¹⁹⁵

L'organo incaricato dell'attività di vigilanza deve, inoltre, garantire continuità d'azione, non potendosi dedicare ad un intervento solo saltuario.

In merito a quest'ultimo punto, l'attività richiesta si concretizza con compiti di controllo e di ispezione periodica effettuati sulla base di un programma strategico e analitico.¹⁹⁶

Infine, per lo svolgimento delle attività richieste dalla legge, l'Organismo di Vigilanza deve possedere autonomia di budget da poter gestire in assoluta indipendenza, senza la necessità di richiedere un previo consenso all'organo amministrativo.¹⁹⁷

2. La L.190/2012: l'impianto legislativo della lotta alla corruzione: le modifiche normative delle fattispecie corruttive e la centralità della prevenzione della corruzione

Il d.lgs. 231/2001, concernente la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, è stato il primo provvedimento a prevedere un meccanismo, se pur indiretto, di lotta alla corruzione, attraverso l'inserimento, nel catalogo dei reati presupposto, delle fattispecie di corruzione e concussione (art. 25).¹⁹⁸

¹⁹⁴ Sul punto PIERGALLINI, IBIDEM

¹⁹⁵ Sul punto PIERGALLINI, IBIDEM

¹⁹⁶ Sul punto PIERGALLINI, IBIDEM.

¹⁹⁷ Sul punto BARTOLOMUCCI, *Corporate governance*, cit. 265 ss.

¹⁹⁸ Sul punto si veda MANACORDA, *Modello di organizzazione e di gestione ex decreto 231 e adempimenti anticorruzione e sulla trasparenza: una convivenza problematica*, in *Rivista* 231, 01/2017, p. 23

A distanza di oltre un decennio, il legislatore ha, tuttavia, provveduto ad intervenire radicalmente per il contrasto e la lotta alla corruzione con la L.n.190 del 2012, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 265 del 13 novembre 2012 ed intitolata “*Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”.¹⁹⁹

Il cambio di rotta nel contrasto al fenomeno corruttivo è stato frutto di una collettiva presa di coscienza in merito all’ormai datata impostazione codicistica, non più in grado di soddisfare le esigenze di politica criminale.

In particolare, ripercorrendo brevemente i punti critici del sistema, la corruzione ha sostanzialmente mutato fisionomia negli anni.

Da un lato, la prassi criminologica della stagione di Tangentopoli, “città del malaffare”, ha fatto emergere una corruzione sistemica: l’oggetto del mercimonio non consiste più esclusivamente nella semplicistica compravendita di un atto del proprio ufficio, ma in uno stabile accordo basato su prestazioni vicendevoli, anche future, svincolate dal compimento dell’atto stesso.

Ma vi è di più. Le condotte in esame perdono il loro carattere originario di dualità e si connotano per il coinvolgimento di numerosi soggetti, destinati ad assumere funzioni di intermediazione e filtro.²⁰⁰

Dall’altro, le modalità con cui si realizza la condotta *de qua* non ledono i soli beni giuridici del buon andamento e dell’imparzialità della Pubblica Amministrazione, comunque rivolti al funzionamento dell’apparato burocratico, ma più gravemente la corretta concorrenza tra le imprese, sia su un piano nazionale che internazionale, nonché le istituzioni democratiche e l’economia pubblica.²⁰¹

¹⁹⁹ L’intervento normativo ha dato definitiva esecuzione agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Merida (Convenzione Onu del 31 ottobre 2003) e della Convenzione di Strasburgo (Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 17 gennaio 1999), andando, così, a sanare il ritardo da parte dell’Italia, avutosi dalle rispettive leggi di ratifica. CARCANO, *Novità legislative: L.6 novembre 2012, n.190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*. In *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, Rel. N. III/11/2012, p.1

²⁰⁰ GAROFOLI, *il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n.190, e le politiche ancora necessarie*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2013, p.5

²⁰¹ Sull’analisi dei mutamenti delle condotte corruttive si veda SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Archivio penale*, fasc. 3, sett-dic. 2016, p.635 ss.

Il mutamento sostanziale del bene giuridico non ha risvolti esclusivamente teorici: lo strumento punitivo-repressivo, di fronte a beni che richiedono una tutela particolarmente estesa, risulta *tout court* insufficiente.

Si tenga, inoltre, presente che da un'indagine pubblicata nel 2012, le condanne per il reato di corruzione sono vertiginosamente diminuite: sono passate, infatti, da più di 1700 nel 1996 a sole 239 nel 2006.²⁰²

Dai dati qui riportati emerge una critica verità: tali modalità di azione illecita non sono in realtà diminuite ma diversamente, vi è “un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione praticata e corruzione denunciata e sanzionata [...]” per cui “ciò che è diminuito è il semplice grado di effettività della legge penale in materia di corruzione”.²⁰³

Dati i sopraindicati rilievi critici, la traiettoria della legge c.d. Severino viene esplicitata all'interno del medesimo titolo: “*Disposizione per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*”, dimostrativo, dunque, dell'idea di fondo, per l'appunto, secondo cui la corruzione si contrasta anzitutto con la prevenzione e, ancora, rafforzandone l'impianto repressivo.²⁰⁴

Al centro della riforma sul piano repressivo delle fattispecie incriminatrici, si pone l'art. 318 c.p.

In particolare, tale fattispecie incriminatrice, nella struttura antecedente alla riforma del 2012, era rubricata: “corruzione per atti di ufficio” e prevedeva la punibilità sia del “*pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve[va] per sé o per un terzo, in denaro o in altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta[va] la promessa*” sia del “*pubblico ufficiale che riceve[va] la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto*”.

Questa semplice conformazione della fattispecie non aveva subito alcun rimodellamento da parte della riforma operata dalla legge n.86 del 1990 (alla quale va invece riconosciuto l'apprezzabile introduzione del criterio oggettivo-funzionale per le qualifiche soggettive) e la prassi criminologica conseguente alla stagione di Mani

²⁰²Sul punto Rapporto GRECO di valutazione dell'Italia, Tema I Incriminazioni, Terzo ciclo di valutazione, Strasburgo, 20-23 marzo 2012, n.98, www.giustizia.it

²⁰³GAROFOLI, *il contrasto alla corruzione*, cit., p.2

²⁰⁴Come sottolineato da alcuni autori “reprimere è necessario ma non sufficiente”, CANTONE, CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, p.79

Pulite aveva richiesto un intervento di tipo giurisprudenziale per ovviare alle lacune normative.

La giurisprudenza, dunque, intervenne ampiamente sullo schema tipico delineato dal legislatore: in primo luogo, aveva tentato di ricondurre la condotta di una delle due parti del *pactum* all'ipotesi di concussione, in modo tale da degradare a vittima colui che avesse riportato una fonte di prova per l'accusa; in secondo luogo, estese l'ipotesi di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, facendo in essa confluire anche i casi di c.d. asservimento della funzione.²⁰⁵

La legge 190 del 2012, intervenendo sull'articolo 318 c.p., ne amplia lo spettro applicativo. L'articolo rubricato "corruzione per l'esercizio della funzione" prevede la punibilità del "*pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle proprie funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa*".

Al fine di procedere ad un'analisi della novità legislativa, è anzitutto necessario soffermarsi sulla nuova conformazione del sistema delle fattispecie corruttive; infatti, il legislatore ha dotato l'apparato normativo di una fattispecie generale, quale, per l'appunto, la corruzione per l'esercizio della funzione, che si pone in rapporto di specialità con le due ulteriori ipotesi delittuose, indicate agli art. 319²⁰⁶ e 319-ter²⁰⁷, rispettivamente la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e la corruzione in atti giudiziari.²⁰⁸

²⁰⁵ Sull'analisi delle fattispecie corruttive si veda SEVERINO, *legalità, prevenzione e repressione*, cit. 635 ss.

²⁰⁶ Art. 319 c.p.: "*Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni.*"

²⁰⁷ Art. 319-ter: "*Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni.*

Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da sei a quattordici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da otto a venti anni."

²⁰⁸ L'art. 319 c.p. è speciale rispetto all'art 318 c.p. e l'art 319 ter è speciale rispetto ad entrambi, a seconda che sia possibile individuare un atto giudiziario volto a favorire o danneggiare una parte. Sul punto DOLCINI, *la legge 190/2012: Contesto, linee d'intervento e spunti critici*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2013, p.10 ss.

La novità di maggior rilievo risiede nell'assenza di un atto d'ufficio²⁰⁹: il legislatore ha, infatti, voluto svincolare la punibilità "dall'individuazione in sede processuale di uno specifico atto oggetto di mercimonio"²¹⁰e, dunque, introdurre una fattispecie che incorporasse l'ipotesi di pubblico funzionario "a libro paga".²¹¹

La struttura della nuova fattispecie consente di abbracciare, dunque, oltre alla compravendita di uno o più atti conformi ai doveri d'ufficio, anche generalmente l'asservimento della pubblica funzione.

Si rilevi che, la compravendita di un atto e l'asservimento si configurano come ipotesi indubbiamente disomogenee: il giudice dovrà, in sede di commisurazione della pena, tener conto del disvalore della condotta in quanto "la cornice edittale del nuovo art.318 (da uno a cinque anni) appare equilibrata e sufficientemente ampia da consentire ragionevoli commisurazioni (cioè differenziazioni) della pena nei casi concreti."²¹²

Il previgente art 318 c.p. attribuiva particolare rilevanza al momento cronologico tra il patto ed il compimento dell'atto: distingueva, infatti, nei due diversi commi una corruzione impropria antecedente ed una corruzione impropria susseguente sotto il profilo del momento consumativo e del trattamento sanzionatorio, tant'è vero che la seconda ipotesi era sanzionata meno gravemente e si consumava unicamente con la ricezione del denaro o dell'utilità.²¹³

L'ipotesi delittuosa post-riforma, con la preposizione "per" anteposta a "l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri" sembrerebbe, a prima vista, intendere una condotta proiettata ad utilità future, così da escludere dall'alveo della fattispecie di cui all'art. 318 l'ipotesi di corruzione susseguente.

²⁰⁹ Come si è parzialmente anticipato, la riforma dell'art 318 c.p. ha in sostanza soddisfatto le istanze avanzate dalla giurisprudenza in numerose sentenze per consentire la sottoposizione a sanzione del soggetto pubblico che non "vende" il proprio atto, ma la messa a disposizione della funzione.

Inoltre, come sottolineato da PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni, una strana vicenda*, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 1/2012, p.228: "sganciando conseguentemente il reato dall'atto, (si) alleggerisce indubbiamente l'onere probatorio dell'accusa".

²¹⁰ DOLCINI, *la legge 190/2012: Contesto, linee d'intervento e spunti critici*, cit., p.9

²¹¹ Sul punto si veda ANDREAZZA, PISTORELLI, *Una prima lettura della l.6 novembre 2012, n.190 (Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 20 novembre 2012, p.4

²¹² Sul punto si veda PULITANÒ, *Legge anticorruzione (l.6 novembre 2012, n.190)*, in Cass. Pen., 2012, Supplemento al volume LII -novembre 2012, n.11, p.8

²¹³ CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in MATTARELLA-PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p.408

Tuttavia, come sottolineato da una parte della dottrina, ai fini interpretativi, dev'essere effettuata una lettura in chiave finalistica e causale della preposizione, in modo da ricomprendere sia la forma antecedente che susseguente.²¹⁴

La punibilità investe, inoltre, sia l'*intraneus* che *extraneus* nella forma antecedente e susseguente: nella normativa pre-riforma del 2012, la condotta del privato che retribuiva il pubblico funzionario successivamente al compimento dell'atto conforme, era penalmente irrilevante, in ragione del mancato richiamo dell'art 318 comma 2 all'interno dell'art 321.²¹⁵

Nella nuova fattispecie incriminatrice, inoltre, il legislatore ha effettuato una ulteriore modifica; in particolare, ha eliminato il riferimento al carattere retributivo della prestazione del corruttore.

Le ragioni di tale recisione sono connesse ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale si era giunti a ritenere necessaria ai fini della punibilità, che la prestazione del corruttore fosse in un certo qual modo "proporzionata" all'atto compiuto dal pubblico funzionario o comunque congrua al valore dell'atto.

Di conseguenza, la giurisprudenza escludeva l'applicabilità del previgente delitto di corruzione impropria, ogni qual volta si trattasse dei c.d. *munuscula*, in altre parole, di donativi sproporzionati rispetto alla prestazione dell'agente, che potessero essere ricondotti a semplici simboli di riconoscenza.²¹⁶

Con la riforma attuata dalla legge 190/2012, apparirebbe, *prima facie*, che si debba oggi ricomprendere nella nuova fattispecie anche i semplici *munuscula* all'area del penalmente rilevante.

Si è, tuttavia, osservato che bisogna tener conto della previsione di cui all'art 54 del d.lgs. n.165 del 2001 che vieta ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni "*di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia*".

²¹⁴ Sulla forma antecedente e susseguente dell'art 318 c.p. si veda BENUSSI, *i delitti contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, 2013, p. 653; PULITANÒ, *Legge anticorruzione*, cit. p. 5

²¹⁵ L'esclusione della responsabilità penale della corruzione impropria susseguente per il privato era giustificata dal fatto che si trattasse del compimento di un atto legittimo, comunque dovuto all'*extraneus*.

²¹⁶ Sul punto si veda CINGARI, *la corruzione per l'esercizio della funzione*, cit., p. 411

Di conseguenza, il pubblico funzionario in relazione al compimento delle proprie funzioni o dei propri poteri non può ricevere alcuna utilità, che non si limiti ad una regalia d'uso di modesto valore.²¹⁷

In merito, infine, al “denaro o altra utilità”, il legislatore ha voluto ampliare lo spettro applicativo della fattispecie *de qua*, consentendo di estendere il rimprovero penale a tutte quelle ipotesi in cui il vantaggio non sia di natura meramente economica, ma acquisisca forme diverse e meno percettibili.²¹⁸

2.1. Le ulteriori modifiche sul piano repressivo: la riforma legislativa delle fattispecie di concussione, traffico di influenze illecite e corruzione tra privati

Un'ulteriore penetrante modifica è stata effettuata in merito al delitto di concussione, previsto nella duplice forma di concussione per costrizione e per induzione, che era stato, insieme al delitto di corruzione, al centro del dibattito nella stagione di Mani pulite.

Già all'epoca della vicenda giudiziaria, la “Proposta in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento ai partiti”, attuata dal Pool di magistrati, aveva suggerito la soppressione della fattispecie di concussione, facendo traslare l'ipotesi di concussione per costrizione nella fattispecie di estorsione e l'ipotesi di concussione per induzione nella fattispecie di corruzione, in ragione della complicata “concussione ambientale” sviluppata dalla giurisprudenza degli anni 90.²¹⁹

La scelta del legislatore del 2012 è stata, invece, di preservare la tradizione penalistica: ha, dunque, conservato l'ipotesi di concussione per costrizione nella fattispecie di cui all'art 317 c.p. e ha trasferito la condotta induttiva nell'autonoma fattispecie di cui

²¹⁷Sul punto si veda GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”*, in Archivio penale, gennaio-aprile 2013, p.10

²¹⁸ Sul punto si veda PELISSERO, *i delitti di corruzione*, in GROSSO-PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, 283 ss.

²¹⁹ In particolare, la concussione ambientale era un'ipotesi riferita ai casi in cui il privato riteneva di dover corrispondere un'utilità ad un pubblico ufficiale sulla base di prassi consolidate; tale concetto, tuttavia, dimostrava che la concussione poteva essere impiegata come esimente anche quando la sollecitazione o la minaccia del pubblico ufficiale non sussisteva. Così Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy, Dicembre 2011, B.1.29.

all'art 319-*quater* c.p.,²²⁰ rubricata induzione indebita a dare o a promettere denaro o altra utilità.²²¹

Con tale intervento, la condotta costrittiva finisce con l'identificarsi nell'unica ipotesi di cui all'art 317 c.p., all'interno del quale è punito il pubblico ufficiale che “*abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità*”.

La gravità dell'ipotesi *de qua*, rispetto all'ulteriore fattispecie prevista all'art. 319-*quater*, è legata all'aspetto concernente la più intensa coercizione psicologica esercitata dal pubblico ufficiale sul privato, al quale viene “sottratta” la libertà di autodeterminazione e che rimane, dunque, vittima della “volontà altrui”.

Diversamente, nella fattispecie di cui all'art. 319-*quater* c.p., la coercizione psicologica è inferiore e lascia spazi di libertà al privato che, non essendo più “concosso”²²² ma indotto, persegue in parte un suo tornaconto personale e, dunque, diventa destinatario della sanzione penale.²²³

La riforma attuata con la legge Severino ha, altresì, espunto la figura dell'incaricato di un pubblico servizio dal novero dei soggetti attivi del reato di concussione, sulla base della constatazione che solo il pubblico ufficiale è in grado di ingenerare il *metus publicae potestatis*, o in altre parole, coartare quella volontà del privato, attraverso i poteri tipici della pubblica funzione. La condotta di costrizione realizzata

²²⁰ L'art. 319-*quater* presenta la medesima struttura dell'art. 317 c.p. e contiene una clausola di salvezza “salvo che il fatto non costituisca più grave reato” volta a regolare i rapporti tra le due fattispecie.

²²¹ Sul punto si veda SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 387

²²² Sui criteri distintivi tra concussione e induzione indebita si veda Cass. pen., S.U., 24.10.2013 Maldera: “la fattispecie di cui all'art. 317 cod. pen. È caratterizzata [...] dall'abuso costrittivo, nel quale [...] è implicito il riferimento [...] alla violenza o, più frequentemente, alla minaccia, uniche modalità realmente idonee ad “obbligare” il soggetto passivo a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto. [...] La violenza è [...] un'ipotesi [...] di rara attuazione. [...] La minaccia, quale forma di violenza morale, risiede nella prospettazione ad altri di un male futuro ed ingiusto, che è nel dominio dell'agente realizzare. [...] Il danno oggetto della minaccia, per essere ingiusto in senso giuridico, deve essere *contra ius*, vale a dire contrario alla norma giuridica e lesivo di un interesse personale o patrimoniale della vittima riconosciuto dall'ordinamento. Il parametro sulla base del quale deve valutarsi l'ingiustizia del danno deve essere oggettivo. [...] Deve rimanere estraneo dalla sfera psichica e dalla spinta motivante dell'*extraneus* qualsiasi scopo determinante di vantaggio indebito, considerato che, in caso contrario, il predetto non può essere ritenuto vittima degli effetti dell'art 317 cod. pen., perché finisce per perseguire [...] un proprio tornaconto, diventando co-protagonista della vicenda illecita.”

²²³ Sul punto si veda FIANDACA-MUSCO, *La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, Diritto penale parte speciale*, Vol. I, Addenda, Zanichelli Editore, Torino, 2013, p.10

dall'incaricato di un pubblico servizio viene, diversamente, ricondotta alla fattispecie di estorsione aggravata ex art.61 n.9 c.p.²²⁴

La risposta sanzionatoria rispecchia a pieno il differente disvalore delle condotte: il pubblico ufficiale che “costringe” è sottoposto ad un regime sanzionatorio che va dai sei ai dodici anni, mentre l'incaricato di pubblico servizio che pone in essere la medesima condotta è destinatario di una pena che va dai cinque a dieci anni.²²⁵

Il legislatore del 2012 non si è limitato a modificare le due fattispecie di corruzione e concussione, ma ha introdotto *ex novo* la fattispecie di traffico di influenze illecite, affidandola ad un inedito art. 346-*bis* c.p.

L'ingresso della nuova ipotesi delittuosa è riconducibile ad una duplice motivazione. In primo luogo, il legislatore ha adempiuto ai vincoli imposti sia dall'art. 18 della Convenzione ONU di Merida sulla corruzione del 31 ottobre 2003, sia dell'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, che obbligavano gli Stati Parti a punire condotte prodromiche agli accordi corruttivi, che consistessero in uno scambio tra un compenso non dovuto e un'influenza diretta a conseguire un vantaggio indebito da una pubblica autorità.

In secondo luogo, l'introduzione della fattispecie è legata alla necessità di colmare un vuoto di incriminazione di condotte di possibile intermediazione illecita presso il pubblico agente non riconducibili alla fattispecie di corruzione.²²⁶

In merito a questa seconda esigenza, è necessario specificare che il c.d. traffico di influenze è stato un fenomeno particolarmente discusso in dottrina, soprattutto in

²²⁴ SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in Dir. Pen. Proc., 2013, p.9

²²⁵ Si tenga presente che successivamente la l. 69/2015 ha reintrodotto all'interno del 317 c.p. l'incaricato di pubblico servizio come soggetto attivo del reato: “per quanto concerne gli abusi costrittivi dell'incaricato di un pubblico servizio, alla concussione erano subentrate – a seconda dei casi – le fattispecie comuni di estorsione (art. 629 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.) o violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.); tutte aggravate dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri inerenti a un pubblico servizio (art. 61, n. 9, c.p.). Rispetto all'ipotesi ex art. 629 c.p., era affiorata, però, una sperequazione sanzionatoria in sospetto attrito con l'art. 3 Cost., in quanto l'incaricato di pubblico servizio responsabile di estorsione aggravata poteva essere punito con una pena – pari a 5-10 anni, aumentabili fino a un terzo – potenzialmente più elevata di quella comminata al pubblico ufficiale concussore, che per di più avrebbe potuto beneficiare anche dell'attenuante di cui all'art. 323-*bis* c.p.”. MONGILLO, *le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 2016, p. 3

²²⁶ Sul punto MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite, la legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, in MATTARELLA- PELLISSERO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2013, p.420

merito ai rapporti tra tale condotta e il millantato credito di cui all'art 346 c.p.²²⁷, fattispecie quest'ultima destinata a sanzionare le condotte di *venditio fumi* e collocata a mezza via tra i reati contro il patrimonio e i reati contro la pubblica amministrazione.²²⁸

Le caratteristiche proprie della fattispecie di “millantato credito”, prima della riforma del 2012, conducevano ad un paradosso: oggetto dell'incriminazione era la sola condotta di chi “vendesse il fumo” e dunque, ricevesse o si facesse dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione sulla base di rapporti o crediti inesistenti presso un pubblico ufficiale, mentre nel caso in cui il credito presso il pubblico ufficiale fosse stato “reale” – fatto più pericoloso per la maggior attitudine dell'influenza veritiera a distorcere il prestigio della pubblica amministrazione – sarebbe stato penalmente irrilevante.²²⁹

Tuttavia, la giurisprudenza, con la finalità di sopperire ad un vuoto di tutela rispetto ad esigenze sul piano repressivo, era giunta a conclusione che con il termine “millantare” si potesse intendere tanto la vanteria di un “credito” in realtà inesistente, tanto la vanteria di un “credito” in realtà esistente, pur auspicando ugualmente un intervento legislativo che colmasse tale lacuna.²³⁰

L'art 346-*bis* introdotto, dunque, dalla legge Severino, incrimina la condotta di chiunque “*Fuori dei casi di concorso negli artt. 319 e 319-ter, sfruttando relazioni*

²²⁷ L'art 346 c.p. recentemente abrogato dalla L. n.3/2019 puniva: “Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da trecentonove euro a duemilaseicentacinque euro.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da cinquecentosedici euro a tremilanovantotto euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare.”

²²⁸ Molti autori hanno ritenuto che il millantato credito fosse un'ipotesi speciale di truffa le cui peculiari modalità di realizzazione nuocevano il prestigio della pubblica amministrazione ed il patrimonio della vittima (che rimaneva, dunque, impunita). Sul punto PEDRAZZI, *Millantato credito, traffico d'influenza, influenza pedling*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1968, p.913 ss.; HAYO, *L'incertezza e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite*, in Archivio Penale, 11-2019, p. 3; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei privati, le qualifiche soggettive, artt. 336-360 cod.pen., Commentario sistematico*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 160-161

²²⁹ Sul punto si veda HAYO, *IBIDEM*

²³⁰ Cass., Sez. VI, n. 9044/1975, in Mass. Uff., n. 130863; Cass. pen., sez. VI, n. 6511/1983, *ivi*, n. 159912; Cass., Sez. III, n. 880/1966, *ivi*, n. 102294. La giurisprudenza sul punto ha accolto la tesi della dottrina, PEDRAZZI, *Millantato credito, traffico d'influenze*, *cit.* 913 ss.; dello stesso avviso TAGLIARINI, *Millantato credito*, in Enc. dir., XXVI, Milano, 1976, 318; MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, *cit.* 419 ss.;

*esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o ritardo di un atto del suo ufficio.*²³¹

La formulazione del 346-bis non è priva di obiezioni: l'intervento riformatore ha previsto la punibilità della sola "vanteria di rapporti esistenti", lasciando l'art 346 c.p. a presidio delle ipotesi riconducibili alla vanteria di "rapporti inesistenti"; tuttavia, la fattispecie del traffico di influenze illecite prevedendo che il mediatore si faccia dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale, impone di escludere tutti gli accordi che abbiano ad oggetto lo sfruttamento di crediti esistenti a cui consegue un vantaggio solo morale, in quanto ipotesi non riconducibili né alla fattispecie incriminatrice del traffico di influenze né al millantato credito.

Si tenga, infine, in considerazione che il legislatore ha limitato l'ipotesi di traffico di influenze illecite al solo compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o al ritardo o l'omissione di un atto d'ufficio e dunque alle sole ipotesi di corruzione propria o corruzione in atti giudiziari, escludendo invece l'ipotesi di cui all'art. 318 c.p.

La scelta è stata sicuramente connessa alla necessità di limitare un'eccessiva estensione del penalmente rilevante a quelle pratiche legittime di intermediazione; tuttavia, non può non essere condivisa quella parte della dottrina che ha manifestato profonde perplessità in merito a tale esclusione, soprattutto perché è stata negata rilevanza penale a tutte quelle pattuizioni che hanno ad oggetto una remunerazione aggiuntiva del pubblico ufficiale in relazione all'esercizio delle sue funzioni.²³²

²³¹ Tale fattispecie è stata da ultimo riformulata dalla legge n.3 del 2019: "*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322 bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.*

²³² Sul punto ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 168

L'ultimo intervento normativo che rileva nel quadro della riforma Severino è la modifica apportata all'art. 2635 c.c., rubricato precedentemente “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità” e oggi denominato “corruzione tra privati”.

Nella formulazione originaria, risalente al d.lgs. 11 aprile 2002 n.6, il legislatore aveva previsto al primo comma che: “*Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni.*”

L'introduzione della fattispecie *de qua* è stata frutto delle istanze promosse in sede internazionale ed europea.

In particolare, nella Convenzione sulla lotta alla corruzione, firmata a Bruxelles nel 1997 e nella Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1999 era stato richiesto agli Stati Parti di prevedere una fattispecie che incriminasse l'ipotesi di corruzione anche nel settore privato, con particolare riguardo all'ambito del diritto penale societario.

Tuttavia, la fattispecie introdotta dal legislatore del 2002 fu ampiamente criticata dalle istituzioni internazionali, le quali rimarcarono l'assenza di un effettivo presidio contro le corruzioni private ed in particolare, contro gli amministratori e gli altri soggetti preveduti dalla legge che si “arricchivano” imponendo tangenti per interessi del tutto personali ed in conflitto con quelli della società.

Inoltre, non veniva richiamato alcun collegamento tra la condotta incriminata e l'alterazione di una concorrenza libera e leale – fondamento, quest'ultima, delle scelte internazionali di punire la corruzione nell'ambito privato – ma esclusivamente tra la condotta e il “nocumento” recato alla società, alla stregua di un semplicistico reato d'evento, posto a tutela di interessi solo interni alla *societas*.²³³

²³³ Sul punto si veda FEBBRAI, *L'infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, CERQUA (a cura di), CEDAM, Padova, 2009, p. 577 ss., inoltre, ulteriori elementi di criticità della fattispecie del 2002 erano la procedibilità a querela della persona fisica, che rimarcava la tutela giuridica di beni privatistici e la rubricazione in “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, che, anche in questo caso, pareva essere rivolta ad interessi privatistici e non avesse alcun collegamento con la versione pubblicistica della corruzione. Sul punto si veda GARBAGNATI, *parte civile e reati societari*, in CANZIO, CERQUA, LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, CEDAM, Milano, 2016, p. 73 ss.

In tale contesto normativo, si inserisce, inoltre, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, firmata a Merida del 2003 e la Decisione quadro dell'Unione Europea, risalente al medesimo anno che, preso atto dell'insufficienza della fattispecie così come formulata, richiedevano un intervento del legislatore nazionale al fine di avvicinare la previsione di cui all'art. 2635 c.c. agli standard internazionali.

In primo luogo, si richiedeva la conversione da reato proprio degli organi gestionali a fattispecie che punisse chiunque svolgesse funzioni direttive o lavori per conto di un ente operante nel settore privato.

In secondo luogo, in sede internazionale, come si è già in parte riportato, era stato criticato il riferimento al "nocumento" alla società, poiché la dimensione lesiva del fatto era maggiormente rivolta alle distorsioni della libera concorrenza tra le imprese e non alla tutela dei soggetti, soci e creditori, interessati al patrimonio della società.²³⁴ La L.190/2012, dunque, preso atto delle istanze internazionali, interviene riformulando parzialmente l'art. 2635 c.c.

L'art. 2635 c.c., rubricato "Corruzione tra privati", nella formulazione del 2012²³⁵ prevede che *"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi*

²³⁴ Sul punto si veda MELCHIONDA, *Corruzione tra privati*, in Giur. It. 2012, p. 12

²³⁵ Si consideri che la fattispecie oggi è così formulata: *"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo.*

Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.

Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste.

Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni.

Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte.

inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.”

Al fine di effettuare una corretta analisi della fattispecie, è possibile distinguere tra le modifiche formali e sostanziali attuate dalla legge Severino.

Per quanto attiene alle modifiche formali, come si è già detto, la rubrica della fattispecie è variata da “infedeltà” a “corruzione tra privati”, sganciando dunque il legame intercorrente tra il 2635 c.c. e il reato di infedeltà patrimoniale.

Ancora, è stato aggiunto, per la configurazione dell’oggetto del *pactum*, il termine “denaro” accanto a quello già previsto dell’ “utilità” e, riguardo ai destinatari, è stato specificato che la dazione o la promessa devono essere a vantaggio del soggetto passivo della corruzione o di terzi (per sé o per un terzo) e per quanto riguarda il soggetto attivo, chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate al primo o al secondo comma è punito con le pene previste a detti commi.

Per quanto attiene, invece, alle modifiche sostanziali, soprattutto successivamente al rapporto GRECO del 2012, è possibile evidenziare le seguenti lacune: in primo luogo, non vengono espressamente menzionate l’offerta e la richiesta di una tangente, non vi è un esplicito richiamo alla commissione indiretta del reato e deve sussistere un danno alla persona giuridica che non è richiesto dalle Convenzione, infine il reato resta punibile a querela.

Senza alcun dubbio, l’intervento della legge Severino, ha ugualmente introdotto aspetti rilevanti, in particolare introducendo la “violazione degli obblighi di fedeltà”, ampliando la gamma dei soggetti attivi e inserendo l’ipotesi di procedibilità a querela se il fatto ha inciso su interessi esterni.²³⁶

²³⁶ Sull’analisi della fattispecie si veda BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in MATTARELLA-PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013

2.2. Il sistema della prevenzione della corruzione e il ruolo centrale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

Come anticipato in precedenza, la legge 190 del 2012 è intervenuta su più versanti, sia in chiave di repressione penale, sia in chiave di prevenzione della corruzione e dell’illegalità nelle pubbliche amministrazioni.

Nel corpo normativo di tale legge, pur attribuendo un serio valore alle misure repressive attuate mediante non poche modificazioni al codice penale, maggior rilevanza deve essere assegnata al sistema di prevenzione²³⁷, sia per l’innovatività sia per la “supplenza” tipica che lo strumento penale, in virtù del principio di sussidiarietà, deve occupare all’interno dell’ordinamento.

Ma costruire un buon “sistema” di prevenzione si presenta come un lavoro tutt’altro che semplice, o meglio, un lavoro di cui è relativamente facile valutarne il fallimento, ma difficilmente il successo. Non è errato affermare che una misura di prevenzione sbagliata può risultare, oltre che inutile anche dannosa, nonché può appesantire eccessivamente la struttura amministrativa con degli strumenti inidonei a migliorare l’integrità e l’efficacia dell’azione preventiva.

Tuttavia, strutture preventive ben realizzate risultano non solo utili e funzionali ma oggettivamente in grado di “prevenire” quel rischio-corruzione che si annida nel sistema della pubblica amministrazione.²³⁸

Dunque, la prospettiva di contrasto alla corruzione si muove sul piano dell’azione amministrativa, attraverso l’individuazione di strumenti, metodi e tecniche in grado di percepire i sintomi di *maladministration* e ridurre l’incidenza di fenomeni patologici. Nella nuova prospettiva amministrativa dell’impianto di prevenzione, la stessa nozione di “corruzione” assume contorni più estesi: nei provvedimenti che hanno dato attuazione alla legge 190, viene descritta la corruzione come “fonte di situazioni

²³⁷ Si sottolinei che non sono mancati, precedentemente alla legge in commento, misure di prevenzione della corruzione: in via esemplificativa, l’art. 1 legge 16 gennaio 2003, n. 3 istituiva l’Alto commissario per la prevenzione della corruzione o ancora, l’art 13 d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, attribuiva funzioni di prevenzione alla Commissione indipendente per la valutazione, integrità e la trasparenza, denominata Civit. Sul punto si veda CLARICH – MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione, La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2013, p.61

²³⁸ Sulle considerazioni espone si veda CARLONI, *L’anticorruzione tra prevenzione, manette e buon senso*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2019, p.2

rilevanti più ampie della fattispecie penalistica, che ricomprendono non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione, ma anche situazioni in cui a prescindere dalla rilevanza penale venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati di funzioni attribuite.”²³⁹

A ben vedere, però, la nozione penalistica della corruzione non subisce alcuna modifica, ma ciò che varia è l'approccio che la politica di contrasto deve assumere nei confronti del fenomeno patologico, che non può essere valutato come il risultato di singoli fatti criminosi o singoli fallimenti settoriali, perché spesso deriva da tendenze comuni e disfunzioni frequenti, che richiedono interventi generali.

“L'ampliamento” è, quindi, il frutto della diversa logica che è propria della prevenzione rispetto alla repressione: si tratta di un mutamento di prospettiva, che consente di “valutare” situazioni in cui il rischio è solo potenziale e prevenire condotte corruttive.²⁴⁰

Al fine di soddisfare le predette finalità, la L. 190/2012 presenta un contenuto eterogeneo ed un complesso coacervo di norme, atti di indirizzo, atti di organizzazione e codici di comportamento²⁴¹ che si pongono come strumenti volti a riportare l'esercizio dei poteri pubblici al rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.²⁴²

La stagione di riforma nell'ambito della prevenzione della corruzione, inaugurata dalla legge Severino, è poi proseguita con ulteriori interventi normativi che hanno arricchito il sistema di contrasto al fenomeno corruttivo tra i quali, il d.lgs. n.235 del 2012 in materia di incandidabilità ed ineleggibilità, il d.lgs. n.33 del 2013 sulla trasparenza amministrativa, ancora il d.lgs. 39 del 2013 in materia di incompatibilità delle cariche amministrative e il d.P.R. n. 62 del 2013 che ha introdotto il regolamento recante il

²³⁹ Sul punto si veda CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, p. 3-4

²⁴⁰ Sul punto CANTONE, *IBIDEM*

²⁴¹ Sul punto si veda SARCONE, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e il coordinamento con la valutazione della performance*, in CERIONI-SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, con le novità della l. 9 gennaio 2019, n.3*, Giuffrè Editore, Milano, 2019, p.72

²⁴² Art. 97 Cost: *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.*

codice di comportamento dei dipendenti pubblici; si inserisce, ancora, in questo contesto temporale, un ulteriore provvedimento normativo di fondamentale importanza: il (primo) Piano nazionale anticorruzione.

Complessivamente, tutti gli interventi normativi sopracitati si inseriscono nel contesto di una strategia di ricostruzione della “*ethics infrastructure*”, o in altre parole, quell’insieme di strumenti, metodi, tecniche normative, volte a promuovere l’integrità e prevenire la corruzione all’interno delle pubbliche amministrazioni.²⁴³

Ma vi è di più. L’azione di prevenzione e contrasto non si ferma alle sole pubbliche amministrazioni, ma è rivolta anche agli organismi di diritto privato equiparabili a queste ultime e a quelli da esse controllati.²⁴⁴

La portata innovativa della legge Severino è percepibile a partire già dal primo comma dell’art 1, in cui è stabilito che “*In attuazione dell’articolo 6 della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione [...], la presente legge individua, in ambito nazionale, l’Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione.*”

L’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), inizialmente individuata nella Commissione per l’integrità, la valutazione, e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (CIVIT)²⁴⁵, è un organismo qualificato da parte della dottrina come

²⁴³ Sul punto si veda CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit. p. 2

²⁴⁴ Sul punto si veda CANTONE- CARLONI, *Corruzione e anticorruzione, dieci lezioni*, cit. 81 ss.

²⁴⁵ La CIVIT fu istituita con il d.lgs. 27 ottobre del 2009, n. 150 con il compito di misurare e valutare le performances nel campo del pubblico impiego. “L’art. 13 del decreto, infatti, non solo attribuisce alla Commissione, tra i suoi compiti istituzionali, quello di «favorire, nella pubblica amministrazione, la cultura della trasparenza anche attraverso strumenti di prevenzione e di lotta alla corruzione», ma prevede, a tal fine, l’istituzione di una apposita sezione con il compito di predisporre le “Linee guida” di un programma triennale per la trasparenza e l’integrità e di verificarne l’effettiva adozione, vigilando sul rispetto degli obblighi in materia”. MARTONE, *Il ruolo della commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.* 2010, p. 1

Con la l. n.114/2014, L’ANAC ha assorbito le funzioni anche dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP). Sul punto, PETTINARI, *L’Autorità nazionale anticorruzione: consulente, regolatore, controllore e organo sanzionatore nel “sistema” anticorruzione. L’efficacia giuridica delle diverse tipologie di deliberazioni dell’Autorità*, in CERIONI-SARCONE (a cura di) *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, con le novità della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Giuffrè, Milano, 2019, p.22

Autorità amministrativa indipendente ²⁴⁶, i cui componenti vengono scelti sulla base di criteri volti a limitare l'influenza del potere politico. ²⁴⁷

L'Autorità in questione è chiamata a svolgere, a livello centrale, una pluralità di compiti nelle vesti di organo regolatore, controllore e sanzionatore nel sistema dell'anticorruzione.

Si osserva, anzitutto, che all'ANAC/CIVIT sono state attribuite funzioni di studio e analisi della corruzione, di vigilanza e consultivi, nonché di controllo sull'effettiva applicazione delle misure rivolte alla prevenzione della corruzione.

Accanto a tale figura, è stato inserito il Dipartimento della funzione pubblica a cui sono state demandate funzioni di coordinamento in merito alle strategie di prevenzione, di individuazione di norme e metodologie comuni per le medesime finalità, di definizione di modelli standard delle informazioni e dei dati necessari per il conseguimento delle finalità della L. 190 ed infine, di definizione di criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti. ²⁴⁸

Occorre sin da subito specificare che il legislatore non ha minuziosamente delimitato i poteri dei due organi, causando non poche difficoltà pratiche e sovrapposizioni nello svolgimento delle rispettive attività.

Ed infatti, da un lato, ha richiesto alla CIVIT/ANAC di analizzare le cause della corruzione e ricercare gli strumenti che andassero a prevenire tale fenomeno e dall'altro, ha attribuito al Dipartimento della funzione pubblica il compito di dare attuazione alle strategie di prevenzione e di definire norme e strategie comuni; in tal modo, si sono prodotte delle disfunzioni organizzative attraverso la sovrapposizione dei compiti di studio e analisi e la gestione dei dati e delle informazioni da parte del solo Dipartimento, nonostante tali informazioni si rivelassero utili anche alle strategie di prevenzione dell'ANAC. ²⁴⁹

²⁴⁶ Sul punto si veda CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo I*, II edizione, Milano, 2003, 767 ss.

²⁴⁷ I membri dell'ANAC vengono nominati dal governo tra persone che posseggono determinati requisiti di competenza e al di fuori di persone che hanno svolto funzioni politiche nel triennio antecedente. La loro durata in carica è di sei anni. CANTONE, *il contrasto alla corruzione, il modello italiano*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 9

²⁴⁸ Art. 4 della l. 190/2012

²⁴⁹ Sul punto si veda DE ROSA-MERLONI, *Le funzioni in materia dell'anticorruzione all'ANAC, La nuova autorità nazionale anticorruzione*, in CANTONE-MERLONI (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2015, p.54

Nell' analisi dei singoli ambiti di operatività dell'ANAC, si terrà conto sia dell'impianto delineato dalla l.190 sia degli interventi legislativi successivi, volti ad arricchire la disciplina anticorruzione.

Procedendo con ordine, anzitutto, la Commissione/ANAC è chiamata a collaborare *“con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti”*²⁵⁰ nello svolgimento di compiti di rilevanza “esterna”; tra gli organi esteri ai quali è attribuita una funzione nel campo della prevenzione della corruzione è possibile menzionare, a titolo esemplificativo, l'Intergovernmental Working Group, costituito nel 2009 in seno alla Conferenza degli Stati Parte della Convenzione ONU.²⁵¹

In secondo luogo, l'ANAC detiene una potestà regolamentare, di cui si avvale mediante l'emanazione del Piano nazionale anticorruzione di durata triennale, adottato sentiti il Comitato Interministeriale e la Conferenza unificata.

Esso costituisce un atto di indirizzo complesso per le pubbliche amministrazioni, chiamate ad adottare, a loro volta, i piani triennali di prevenzione della corruzione e per altri soggetti indicati all'interno dell'art. 2-bis, comma 2, del d.lg. 14 marzo 2013, n. 33.²⁵²

²⁵⁰ Art. 2, comma 2, lett. a della l. 190/2012

²⁵¹ Sul punto si veda SCIULLO, *l'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p.74

²⁵² Art. 2-bis: *Ai fini del presente decreto, per "pubbliche amministrazioni" si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.*

La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile:

a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;

b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche;

c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124,

Le indicazioni contenute nel PNA sono applicate in base ad un regime differenziato: per quanto concerne le pubbliche amministrazioni, esse sono tenute ad adottare *ex novo* i piani triennali di prevenzione della corruzione e trasparenza, mentre, per quanto riguarda gli altri soggetti indicati nell'art 2-*bis* sopracitato, devono adottare misure integrative a quelle già presenti ai sensi del d.lgs. 231/2001.²⁵³

L'Autorità, inoltre, tenuto conto della dimensione e dei settori di attività degli enti, effettua una valutazione sui principali rischi di corruzione e i rimedi da attuare nonché individua i tempi, gli obiettivi e le modalità con cui adottare le misure di contrasto alla corruzione.²⁵⁴

L'ANAC, ancora, è chiamata ad *analizza[re] le cause e i fattori della corruzione e individua[re] gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto.*²⁵⁵

L'Autorità esprime, inoltre, pareri facoltativi ed obbligatori.

Sul primo versante, *esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter²⁵⁶, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo.*

Sul secondo versante, *esprime pareri obbligatori sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari*

e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici.

²⁵³ Sul punto si veda DAVOLI, *anticorruzione, trasparenza e 231*, IPSOA, 2019, p.118

²⁵⁴ Sul punto si veda GARLASCHELLI, *La corruzione nel settore pubblico. La legge n.190/2012, Prevenzione reati nelle società, enti e p.a., normativa e modelli organizzativi*, BRAMIERI-GARLASCHELLI-SANTORO, Wolters Kluwer Italia, s.r.l., Milano, 2018, p.262

²⁵⁵ Art. 2, comma 2, lett.c della l.190/2012

²⁵⁶ *“I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.”*

*pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico.*²⁵⁷

Per quanto attiene alle funzioni in qualità di organo controllore e sanzionatore, esse rientrano tra i poteri tipici delle c.d. Autorità indipendenti. In tal senso, la legge 190 attribuisce all'ANAC, alla lett. f del comma 2 dell'art 2, il “*potere di vigilanza e di controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti*”.

In virtù del sistema integrato con le successive leggi in materia di anticorruzione, l'art. 3 del medesimo testo normativo specifica che l'Autorità nazionale esercita i poteri ispettivi attraverso la richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordina, altresì, l'adozione di determinati atti richiesti dal piano nazionale anticorruzione, dai piani di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni e dalle regole sulla trasparenza amministrativa, nonché può ordinare la rimozione di atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.²⁵⁸

L'azione dell'autorità mira, inoltre, a sanare tempestivamente le violazioni riscontrate, sulla base degli esiti risultanti dalle verifiche condotte. In particolare, grazie a queste ultime, vengono identificati anche i settori o le disposizioni normative oggetto di maggiori criticità, che, di conseguenza, consentono all'autorità in questione di intervenire adottando atti di interpretazione o di regolazione.²⁵⁹

In sede locale, la l.190/2012 ha istituito all'art.1, comma 7, la figura del responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza (RPCT), che dev'essere nominato presso ciascuna amministrazione²⁶⁰. Si tratta di una figura centrale nella politica di prevenzione della corruzione, poiché vengono a questi attribuite funzioni rilevanti sia dalla legge sia dalla stessa Autorità.

²⁵⁷ Art. 2, comma 2, lett. d ed e della l.190/2012

²⁵⁸ L'art. 3 è stato così modificato dal d.lgs. n. 97/2016

²⁵⁹ Sul punto si veda, DI LASCIO-NERI, *i poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.4/2015, p. 455-456

²⁶⁰ In origine la L.190 aveva istituito il solo Responsabile per la prevenzione della corruzione; con il d.lgs. n.97/2016, il legislatore ha unificato in un solo soggetto le funzioni di responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza, ragion per cui oggi il responsabile viene identificato con riferimento ad entrambi i ruoli. Sul punto si veda GARLASCHELLI, *La corruzione nel settore pubblico*, cit. p.362

Le funzioni attribuite a tale figura sono molteplici; tra queste figurano, in primo luogo, l'elaborazione e l'aggiornamento della proposta del Piano Triennale di Prevenzione della corruzione e trasparenza (PTPCT) nonché la verifica sull'efficace attuazione ed idoneità e, la proposta circa le relative modifiche nei casi in cui sopraggiungano mutamenti significativi nel contesto organizzativo o qualora vengano accertate violazioni delle prescrizioni.

In secondo luogo, il Responsabile si occupa di verificare l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici che sono maggiormente esposti alla corruzione e redige una relazione annuale sui risultati dell'attività svolta il 15 dicembre di ogni anno.²⁶¹

Alla stregua della strategia dell'ANAC, di regola l'incarico di Responsabile viene affidato a dirigenti di prima fascia, in virtù della necessità che tale figura detenga la maggior autorevolezza possibile e che abbia adeguata conoscenza dell'organizzazione e del funzionamento dell'amministrazione.²⁶²

3. Il Piano Nazionale Anticorruzione e i piani triennali di prevenzione della corruzione

Con la Legge 190/2012, l'ordinamento italiano si è dotato, nel contesto della lotta alla corruzione, di una disciplina bipartita di prevenzione, che si articola, a livello nazionale, con l'adozione del Piano Nazionale Anticorruzione, e a livello decentrato, con l'adozione dei Piani di Prevenzione Triennali.

Partendo dall'analisi del primo tra i due strumenti di pianificazione, il Piano Nazionale Anticorruzione è un "atto atipico" poiché è un atto di indirizzo rivolto sia a soggetti pubblici che a soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici.²⁶³

Esso rappresenta lo strumento attraverso il quale sono predeterminate le strategie per prevenire e contrastare la corruzione nella pubblica amministrazione a livello nazionale.

²⁶¹ Sul punto si veda la l.190/2012, art.1, co.7 ss.

²⁶² Sul punto si veda GARLASCHELLI, *La corruzione nel settore pubblico*, cit. p. 363

²⁶³ Sul punto si veda SARCONE, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e il coordinamento con la valutazione della performance*, cit., p. 75

Tale atto di indirizzo ha validità triennale e viene adottato dall’Autorità Nazionale Anticorruzione attraverso un procedimento aperto alla partecipazione e sottoposto a continui aggiornamenti annuali.

Il Piano Nazionale, infatti, non è stato progettato come un sistema “chiuso”, ma aperto: al suo interno dovranno essere concordate delle strategie nazionali di prevenzione che subiscono modificazioni ed aggiornamenti²⁶⁴ a seconda delle esigenze e dei dati riscontrati a seguito della sua applicazione presso le pubbliche amministrazioni, in modo da definire metodi e tecniche sempre più precise e sofisticate per la lotta alla corruzione.²⁶⁵

Attraverso di esso, l’Autorità fornisce a tutte le pubbliche amministrazioni a livello decentrato e tenute ad adottarlo, delle indicazioni aventi carattere generale.

La struttura e i caratteri propri del Piano Nazionale sono in linea sia con altre esperienze comparate di modelli di “piani” di contrasto della corruzione, sia con quella già maturata in ambito nazionale con riferimento alla responsabilità amministrativa (o “da reato”) delle imprese, introdotta con il decreto legislativo n. 231 del 2001.²⁶⁶

Il nucleo del Piano è dato dall’ identificazione del rischio, dall’analisi del livello di quest’ultimo e della sua valutazione, nonché dal contenimento del rischio con misure adeguate.

È però con il Piano triennale di prevenzione della corruzione e trasparenza (PTPCT) che viene data rilevanza alla strategia elaborata da ogni singola amministrazione, a cui compete ampia autonomia nella definizione del rischio-corruzione all’interno degli uffici pubblici e negli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio.

Previamente, è necessario soffermarsi sull’ “utilità” che detti piani hanno con riferimento all’aggiornamento del Piano Nazionale: i PTPCT assurgono a veri e propri atti di organizzazione a carattere strumentale per la definizione delle misure via via

²⁶⁴ Il primo PNA, PNA 2013, è stato adottato dal Dipartimento della Funzione Pubblica, a seguito dell’approvazione dalla CIVIT-ANAC. Con le modifiche organizzative e funzionali dell’ANAC, attuate con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, l’Autorità ha adottato nel 2015 un Aggiornamento del PNA 2013 mettendo meglio a fuoco il sistema di valutazione e gestione del rischio ed esaminando le cause e le ulteriori misure di prevenzione da adottare. Con il PNA 2016, l’Autorità ha per la prima volta elaborato un proprio e nuovo Piano, aggiornato poi nel 2017 e nel 2018. Per il PNA 2019-2021, il Consiglio dell’Autorità ha deciso di concentrare la propria attenzione sulle indicazioni relative alla parte generale del PNA, integrandole con orientamenti maturati nel corso del tempo. Sul punto si veda il Documento di consultazione del PNA 2019/2021, p.4 ss., consultabile su www.anticorruzione.it

²⁶⁵ Sul punto si veda GARLASCHELLI, *La corruzione nel settore pubblico*, cit. p.264

²⁶⁶ Sul punto si veda CANTONE, *il sistema della prevenzione della corruzione*, cit. p. 4

necessarie a contrastare la corruzione, contribuendo al “miglioramento continuo” della strategia anticorruzione.²⁶⁷

Si tratta, in realtà, di atti di pianificazione “a cascata” rispetto al Piano Nazionale Anticorruzione, perché si fondano, per quanto riguarda gli elementi generali su quest’ultimo, ma sono dotati di una particolare autonomia nell’adozione di un efficace modello di prevenzione, con il solo vincolo di scopo determinato dal PNA.²⁶⁸

L’autonomia nella redazione dei piani di prevenzione è in parte giustificata dal fatto che ogni amministrazione presenta dei diversi livelli e fattori che aumentano il rischio corruttivo a causa delle caratteristiche dimensionali o del contesto sociale, territoriale ed economico; l’elaborazione del piano, dunque, deve tener conto di tali fattori e pertanto non può essere predeterminato o standardizzato.²⁶⁹

Più dettagliatamente, la legge Severino ed i suoi primi provvedimenti attuativi hanno previsto, per la configurazione dei piani di prevenzione della corruzione, delle misure di carattere generale e di carattere specifico.

Le prime sono destinate ad un’uniforme applicazione presso le pubbliche amministrazioni mentre le seconde vengono applicate presso le singole amministrazioni in modo differenziato. Queste ultime, dunque come si è già sottolineato, devono essere adattate alle caratteristiche proprie di ciascuna amministrazione, tenendo in considerazione sia le funzioni attribuite al loro interno sia il grado di rischio di corruzione a cui sono esposte le attività e tenendo conto in modo particolare delle funzioni attribuite (e delle attività di loro esercizio) e del grado di rischio di corruzione cui le diverse attività sono esposte.²⁷⁰

Per quanto attiene alle misure di carattere generale, vi sono, in primo luogo, le disposizioni in materia di trasparenza amministrativa, che sono oggetto a loro volta anche delle misure a carattere specifico, poiché è fatto obbligo alle pubbliche

²⁶⁷ Sul punto si veda SARCONE, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione*, cit., p. 75

²⁶⁸ Sul punto si veda SARCONE, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione*, cit. p.77, che specifica, tuttavia, che i piani devono comunque prevedere l’analisi delle aree a rischio e le misure c.d. obbligatorie. Tra le misure obbligatorie vi sono gli adempimenti di trasparenza, i codici di comportamento, l’obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse, la disciplina del pantouflage, la disciplina in materia di c.d. whistleblowing: p. 79-80.

²⁶⁹ Sul punto si veda il Documento di consultazione del PNA 2019/2021, p. 11, consultabile su www.anticorruzione.it

²⁷⁰ Sul punto si veda MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 4

amministrazioni di adottare le disposizioni in esame, favorendo l'accessibilità alle informazioni.

In secondo luogo, è prevista l'adozione delle misure che regolano l'accesso agli incarichi esterni da parte dei dipendenti pubblici (art. 53-*bis* d.lgs. 165/2001) e gli strumenti volti a regolare e prevenire i conflitti di interesse (d.lgs. 39/2013 in merito all'accesso agli incarichi esterni e alle incompatibilità ed inconferibilità degli incarichi dirigenziali e il d.lgs. n.235/2012, in merito ai casi di incandidabilità).²⁷¹

Per quanto attiene, invece, alle misure di carattere specifico, oltre ai Piani triennali di prevenzione della corruzione, devono essere adottati anche i codici di comportamento; le disposizioni al suo interno devono regolare il comportamento dei dipendenti pubblici ed indirizzare l'azione amministrativa, nonché fungere da codice disciplinare con l'applicazione delle relative sanzioni.

Per quanto attiene al contenuto in senso stretto dei piani triennali, come in parte anticipato, in primo luogo, dev'essere identificato il "rischio" corruttivo, in altre parole, la potenziale verifica dell'evento negativo sul conseguimento degli obiettivi istituzionali (si badi che non tutti i rischi sul mancato conseguimento di tali obiettivi sono rischi corruttivi, ma solo quelli in cui emerge la prevalenza dell'interesse privato del pubblico agente sull'interesse pubblico²⁷²).

Successivamente alla fase di individuazione, viene effettuata un'analisi del rischio corruttivo: il *risk management* consente di definire una "politica di trattamento", in sostanza, permette di stabilire come affrontarlo.²⁷³

Devono essere poi adottati specifici sistemi di rotazione del personale addetto alle aree a rischio: questo rappresenta una misura essenziale per ridurre il rischio che possano determinarsi delle relazioni di privilegio tra i pubblici funzionari e gli utenti.

La rotazione degli incarichi deve essere effettuata nel rispetto dei principi di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, garantendo, altresì, la professionalità necessaria per lo svolgimento di talune funzioni. Sono, inoltre,

²⁷¹ Sul punto si veda, CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARASSO, *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, IPSOA, 2019, p.1649

²⁷² Sul punto si veda, DI DONATO, *La corruzione e l'approccio comportamentale: una nuova prospettiva di ricerca?*, in *Amministrazione in cammino*, 5 maggio 2016, p. 2

²⁷³ Sul punto si veda SARCONE, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione*, cit., p.87

predisposte regole specifiche in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, al fine di evitare fenomeni di pantouflage.²⁷⁴

3.1. Il meccanismo del Whistleblowing nei piani triennali di prevenzione della corruzione

Merita trattazione autonoma il tema della tutela dei dipendenti che effettuano segnalazioni di illeciti, c.d. *Whistleblowing*, che dev'essere garantita all'interno di ogni piano triennale di prevenzione della corruzione.

In Italia, l'istituzione di tale meccanismo è dovuta alla L. 190/2012, che all'art 1, comma 51 ha provveduto ad inserire nel Testo Unico sul pubblico impiego (d.lgs. n.165/2001) l'art 54-*bis* rubricato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti".

L'originaria conformazione della disposizione ha subito, dapprima, una lieve modifica con il d.l. 90/2014 e più recentemente è stata oggetto di una scrittura *ex novo* con la L. n. 179/2017, recante "*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*".

Il *Whistleblowing*²⁷⁵ può essere generalmente definito come un «atto di un uomo o di una donna che, ritenendo che l'interesse pubblico travalichi l'interesse dell'organizzazione per la quale lavora, segnala che tale organizzazione è coinvolta in

²⁷⁴ Sul punto si veda CANAPARO, *Piano anticorruzione (Pna): parte la pianificazione a livello decentrato*, in Guida al diritto, Sole 24ore, 2013, p. 3; "Si tratta di un vincolo per tutti i dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle P.A., di non poter svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. Alla base di tale divieto si ravvisa il principio costituzionale di trasparenza, imparzialità, buon andamento e di quello che impone ai pubblici impiegati esclusività del servizio a favore dell'Amministrazione." FACONDINI, La clausola di c.d. pantouflage nella legge anticorruzione, in Diritto.it, 2017, p.1

²⁷⁵ Il termine *whistleblowing* riporta all'idea di un soggetto che "suona il fischietto" – *blowing the whistle*, sul punto si veda, GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione* in AA.VV., *il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), Bonanno Editore, Catania, 2011, p.89

pratiche corruttive, illegali, fraudolente o dannose»,²⁷⁶ in altre parole, si intende generalmente la condotta del lavoratore (*whistleblower*) che, nello svolgimento della propria attività lavorativa, pubblica o privata, segnala una irregolarità di varia natura e diventa in tal modo, destinatario di una “tutela” volta a prevenire condotte ritorsive.

Nell’impianto della legge Severino, l’introduzione dell’art. 54-*bis*, seppur rivoluzionario nell’istituzione dei meccanismi di lotta alle pratiche corruttive, si è rivelato “embrionale, se non simbolico”.²⁷⁷

Nella versione originaria, l’art 54-*bis* prevedeva la tutela del solo dipendente pubblico che, avendo avuto conoscenza di “condotte illecite” “in ragione del rapporto di lavoro” e avendo provveduto a denunciarle (all’autorità giudiziaria o alla Corte dei conti oppure riferite al proprio superiore gerarchico) non veniva “sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia”.²⁷⁸

L’aspetto maggiormente innovativo consisteva nella garanzia di riservatezza offerta all’identità del segnalante nell’ambito del procedimento disciplinare a carico del segnalato: se la contestazione fosse stata supportata da ulteriori accertamenti estranei alla segnalazione, allora l’identità del segnalante non avrebbe potuto essere menzionata senza il suo consenso.

Diversamente, se la contestazione si fosse basata in tutto o in parte sulla segnalazione, l’identità del segnalante avrebbe potuto essere rivelata solo se assolutamente necessaria per la difesa del segnalato.²⁷⁹

La legge L. n.179/2017, ha, come si è accennato, provveduto ad una riscrittura dell’art. 54-*bis*. Numerosi sono stati gli ambiti di differenziazione con la precedente disciplina tra i quali, in primo luogo, l’estensione dei soggetti destinatari della tutela: in particolare, essa ha interessato il personale in regime di diritto pubblico, i dipendenti

²⁷⁶ Secondo le parole di Ralph Nader, avvocato, politico e attivista statunitense, che così si esprime – secondo quanto riporta VANDEKERCKHOVE, *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility. A Global Assessment*, Burlington, Ashgate 2006, p. 8 – nel corso di una conferenza sulla responsabilità professionale, nel 1972

²⁷⁷ MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2013, p. 132

²⁷⁸ Sul punto si veda MASSARI, *Il whistleblowing all’italiana: l’evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium iuris*, 9/2018, p. 985

²⁷⁹ Sul punto si veda MASSARI, *IBIDEM*

degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c., nonché i lavoratori e i collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi, che realizzano opere in favore della P.A.²⁸⁰

In secondo luogo, si è preceduto ad una riscrittura più puntuale delle possibili condotte ritorsive illegittime, tra le quali oggi rientrano le sanzioni, il licenziamento, il trasferimento ed il demansionamento²⁸¹ e all'attribuzione di specifici poteri sanzionatori all'ANAC, qualora vengano adottate misure discriminatorie o non vengano rispettate le indicazioni procedurali. Anche in questa sede si è attribuita rilevanza alla tutela dell'identità del denunciante, che oggi è "segregata" sia nei procedimenti disciplinari che in quelli penali.²⁸²

4. Il doppio modello di organizzazione nelle società a partecipazione pubblica: profili di criticità

Benché redatti a distanza di oltre dieci anni, il d.lgs. 231/2001 e la L. 190/2012 condividono, in parte, le medesime finalità di lotta e prevenzione della corruzione.

Nell'ottica del decreto legislativo 231, in particolare, la finalità appare più circoscritta e collegata alle sole ipotesi di concussione e corruzione. In base alla formulazione legislativa, difatti, si evince chiaramente che l'ente va esente da responsabilità (con riferimento ai reati di corruzione e concussione) allorquando si provi che è stato adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

La legge 190, diversamente, presenta una portata più ampia: lo scopo del legislatore, in questa sede, è stato quello di creare un sistema organico di lotta alla corruzione, mediante la riscrittura di fattispecie incriminatrici e indicando quale strumento di contrasto ai fenomeni in esame, il Piano Nazionale Anticorruzione, costituente un atto

²⁸⁰ Testo parafrasato dell'art. 1, comma 2 della L. 179/2017

²⁸¹ Tali atti vengono considerati ex lege nulli, concordemente a quanto disposto dall'art. 1, co 7.

²⁸² Sull'analisi della nuova disciplina si veda, TARTAGLIONE, *Il whistleblowing nel settore pubblico. I meccanismi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, in CERIONI-SARCONE (a cura di), *legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, con le novità della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Giuffrè editore, Milano, 2019, p. 341 ss.

di indirizzo per la redazione dei corrispondenti Piani Triennali adottati dalle amministrazioni locali.

Parallelamente, la lotta alla corruzione nel settore pubblico appare, altresì, accompagnata da penetranti obblighi di trasparenza, che assolvono la funzione di garantire un “controllo popolare” sull’operato della Pubblica Amministrazione.²⁸³

Nelle intenzioni del legislatore del 2012, dunque, la formulazione della disciplina di prevenzione è rivolta a completare il “quadro” del contrasto ai fenomeni corruttivi, contemplando, da un lato, nel settore privato, il regime del modello 231 (procedendo anche alla modifica di talune dizioni nelle norme dei reati presupposto)²⁸⁴, e dall’altro, sul versante pubblico, un meccanismo analogo, ma arricchito da un corredo di misure preventive su più versanti.²⁸⁵

I punti di contiguità tra i due provvedimenti non possono che emergere nel momento in cui vengono analizzati i soggetti destinatari delle due discipline. Entrambe, infatti, attraggono nella sfera applicativa tanto soggetti pubblici che privati, sulla base della constatazione che il fenomeno corruttivo produce effetti simili tanto nel settore privato quanto in quello pubblico.²⁸⁶

Analizzando brevemente i destinatari del d.lgs. 231/2001, come si è precedentemente osservato, immediatamente dopo l’entrata in vigore della disciplina, si era ritenuto che l’alveo dei soggetti interessati fosse riconducibile al solo settore privatistico, avendo lasciato il legislatore in disparte tassativamente le categorie di cui all’art. 1, comma 3, secondo il quale, le disposizioni “*non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*”.

La dottrina e la giurisprudenza²⁸⁷, invece, hanno ampliato, nel tempo, la sfera di applicabilità di tale disciplina innovativa, giungendo a ritenere la piena assoggettabilità

²⁸³ Sulle finalità si veda MANACORDA, modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 e adempimenti, cit. p.26

²⁸⁴ La specificazione tra parentesi appartiene a MANACORDA, *Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 e adempimenti*, cit. p. 27

²⁸⁵ Sul punto si veda, SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, cit., p. 6

²⁸⁶ Sul punto si veda MANACORDA, *Decreto 231 e legge 190: l’anticorruzione allinea privato e pubblico*, in *Rivista 231*, 04/2014, p.93 ss.

²⁸⁷ Cfr. SUPRA par. 1 in questo capitolo.

delle società partecipate o degli enti territoriali, e dunque, delle società miste, privatizzate, società pubbliche e degli enti pubblici economici.²⁸⁸

Diverso, invece, l'*iter* di inclusione delle società in mano pubblica all'interno dei destinatari del c.d. "Pacchetto Anticorruzione", per tale intendendosi il complesso sistema ideato dalla L. 190/2012 e dai successivi decreti attuativi.

Il legislatore all'art. 1, comma 59, prevede come destinatari principali della normativa in questione, le amministrazioni pubbliche, e dunque, i soggetti previsti dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001.²⁸⁹

Aggiunge, tuttavia, al comma 34 della legge 190, che la disciplina in questione dev'essere applicata, altresì, "*agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*" e al comma 49 che debbano essere considerati destinatari anche gli "*enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici*".

Sulla base di tali dati normativi, l'Autorità Nazionale Anticorruzione con le "Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici" del 2015, ha ritenuto

²⁸⁸ Sul punto si veda PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Ipsoa, Milano, 2002, p. 67 ss.

²⁸⁹ Art. 1, comma 2 prevede che "*Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.*"

di dover estendere la disciplina anticorruzione anche alle società in controllo pubblico²⁹⁰, alla stregua di quanto rinvenibile nella *ratio legis*.²⁹¹

In particolare, in questa sede, l’Autorità specifica che, tenendo in considerazione il ruolo nell’anticorruzione di ambedue i sistemi normativi, è necessario che vengano specificate le possibili interazioni e, più correttamente, vengano delineati i soggetti che siano tenuti a dare applicazione sia al decreto 231 sia alla normativa anticorruzione.²⁹²

Dunque, in primo luogo, come si è anticipato, le società in controllo pubblico (e gli enti pubblici economici) sono chiamate ad adottare il Modello 231. Tuttavia, quest’ultimo dev’essere integrato con gli adempimenti della L.190, attraverso la predisposizione di misure idonee a prevenire i fenomeni corruttivi e a dare attuazione alle finalità della legge Severino.

Qualora, tale categoria di enti, ritenendo di non dover farvi ricorso, non adotti il modello organizzativo, sarà chiamata a predisporre un autonomo Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e Trasparenza.

In secondo luogo, per quanto riguarda le società in partecipazione pubblica e gli altri enti di diritto privato ad esse assimilati, chiamati a predisporre il modello di organizzazione, salvo diversa disposizione di legge, non sono obbligati a dare attuazione alla normativa anticorruzione, ma, limitatamente al settore in cui operano, dovranno soddisfare i soli obblighi in tema di trasparenza.

L’Autorità ha riconfermato il proprio indirizzo anche nella successiva determinazione n. 1134 del 2017, dove, in sede di aggiornamento delle Linee Guida, ha affermato l’assoggettabilità alla disciplina del legislatore del 2012 delle società in mano pubblica.²⁹³

Dalla formulazione delle due discipline emerge, dunque, che alcune categorie di enti, in particolar modo gli enti pubblici nazionali, le società pubbliche partecipate e in

²⁹⁰ Si noti che il d.lgs. 175/2016 recante il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” definisce le società a controllo pubblico come società in cui una o più amministrazioni esercitano i poteri descritti dall’art. 2359 c.c. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

²⁹¹ Sul punto si veda, BARTOLOMUCCI, *Le linee guida di ANAC per le società in mano pubblica: un’occasione mancata per l’enforcement della normativa su anticorruzione e trasparenza*, in Resp. Amm. Soc. enti, 2015, 193 ss.

²⁹² Sulle interazioni tra i due sistemi normativi si veda MANACORDA, *Modello di organizzazione e gestione ex decreto 231 e adempimenti*, cit., p. 29

²⁹³ Sul punto si veda, SCAROINA, *La prevenzione della corruzione*, cit. p. 8

controllo pubblico, sono chiamati a dare applicazione agli adempimenti della legge 190 e del d.lgs. 231.²⁹⁴

L'articolata conformazione delle due discipline richiede, anzitutto, un modello di organizzazione e gestione "integrato", che, da un lato, si trova ad essere destinatario degli strumenti di "soft law", o in altre parole, delle linee guida delle associazioni di categoria di cui all'art. 6, co.3, del d.lgs. 231 e dall'altro, è assoggettato alle prescrizioni del Piano Nazionale anticorruzione e ai controlli dell'ANAC.²⁹⁵

Le due discipline sono, inoltre, rivolte analogamente all'individuazione, valutazione e gestione del rischio reato mediante l'utilizzo di strumenti di contrasto, formazione e attuazione delle decisioni, il rispetto di obblighi di trasparenza e predisposizione di misure disciplinari connesse alla violazione del modello.²⁹⁶

Diversi, tuttavia, i punti di criticità che solleva la contemporanea applicazione del duplice meccanismo di prevenzione.

In primo luogo, non può trascurarsi come nell'art. 25 del d.lgs. 231 del 2001 rientrano solo i reati di corruzione, concussione, induzione indebita e traffico di influenze illecite, commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, mentre, secondo quanto già precedentemente rilevato, all'interno del sistema di prevenzione della corruzione delineato dalla riforma Severino, è stata adottata una definizione di corruzione che è riconducibile più correttamente al significato proprio di *maladministration*, e dunque, più ampio rispetto a quello descritto all'interno della singola fattispecie di reato, fino a ricomprendere tutti i reati contro la P.A.²⁹⁷

In secondo luogo, i due modelli di prevenzione si differenziano anche sul piano della "obbligatorietà": il d.lgs. 231 configura agli artt. 6 e 7 un modello organizzativo facoltativo, che rileva *sic et simpliciter* come esimente nell'ipotesi di reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente; la legge 190, diversamente, disciplina un sistema a natura obbligatoria, prevedendo altresì la responsabilità disciplinare del

²⁹⁴ Sul punto si veda, MANACORDA, *Modello di organizzazione e di gestione ex decreto 231 e adempimenti*, cit., p. 28

²⁹⁵ Sul punto si veda SCAROINA, *La prevenzione della corruzione*, cit. p. 16

²⁹⁶ Sul punto si veda, ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in Resp. Amm. Soc. enti, 2014, 121 ss.

²⁹⁷ Sul punto si veda PANSARELLA-PAMBIANCO, *UNI ISO 37001:2016 – L'integrazione con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012*, in Rivista 231, 02/2017, p. 299

Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza qualora non abbia curato la predisposizione del documento o non abbia vigilato sulla sua osservanza.²⁹⁸

Si noti, tuttavia, che le società oggetto della presente analisi, sono destinatarie dell'obbligo di dotarsi di entrambi i modelli, non dovendosi considerare nei loro confronti facoltativa la disciplina dettata dal d.lgs 231.

Nella consapevolezza del carico di onerosità in capo alle società in controllo pubblico, l'ANAC, operando con le Linee Guida, ha sottolineato che esse sono destinatarie di un regime differenziato, dovendosi limitare alla semplice integrazione del d.lgs. 231.

Più nel dettaglio, se la società in questione ha adottato il modello organizzativo e di gestione, è esonerata dall'adozione di un PTPC distinto e separato, dovendo semplicemente integrare le misure in parte già adottate all'interno del modello.

Un'ulteriore significativa differenza intercorrente tra il sistema 231 e quello delineato dalla L.190 è la maturata esperienza, grazie alla concreta applicazione del sistema 231, dell'ANAC nell'individuazione e gestione dei rischi derivanti da taluni ambiti di attività; in particolare, sono esposti maggiormente a rischio i settori delle autorizzazioni, concessioni, la scelta delle controparti per l'affidamento di lavori, servizi e forniture nonché le sovvenzioni, i contributi e i sussidi.²⁹⁹

Rispetto alla gestione dei rischi, dunque, la *soft law*³⁰⁰ formata dall'ANAC, include dei meccanismi maggiormente penetranti rispetto allo schema – a tratti statico – delineato dal legislatore del 2001.

Tuttavia, in questa sede, pare opportuno porre in evidenza una problematica nascente proprio dall'attività di *soft law* dell'ANAC: l'autorità in questione interviene in maniera piuttosto frequente sull'interpretazione della normativa anticorruzione e tale partecipazione attiva nondimeno potrebbe incidere negativamente sull'idoneità del modello organizzativo in sede processuale, che non si dimostri in linea con le prescrizioni dell'ANAC.

Procedendo ancora all'analisi delle criticità riguardanti la contemporaneità delle due discipline, il modello 231 richiede l'istituzione facoltativa di un Organismo di

²⁹⁸ Sul punto si veda SCAROINA, *La prevenzione della corruzione*, cit. p. 18

²⁹⁹ Sul punto si veda, SCAROINA, *la prevenzione della corruzione*, cit. p.20

³⁰⁰ In particolare, grazie al richiamo effettuato dalle Linee Guida del 2017 dell'ANAC all'UNI ISO 37001:2016, si è andato a rendere più minuziosa la delimitazione delle strutture e modelli idonei a prevenire il rischio-corruzione

Vigilanza, di norma collegiale e non formato da soggetti esclusivamente interni, mentre la legge 190 impone la nomina obbligatoria di un Responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza³⁰¹, necessariamente monocratico ed interno alla pubblica amministrazione.

La differenza tra i due soggetti si palesa soprattutto sul piano delle responsabilità, in quanto il primo può essere chiamato a rispondere su un piano esclusivamente contrattuale, mancando nei suoi confronti una posizione di garanzia ed un effettivo potere di impedimento, mentre il secondo sul piano disciplinare ed eventualmente erariale.³⁰²

Si noti, inoltre, che qualora si ritenga che il RPCT sia in possesso della qualifica di pubblico agente, svolgendo questi la propria attività presso un ente in mano pubblica e nell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, ex. art. 331 c.p.p. avrà l'obbligo di denuncia di fatti costituenti reato.³⁰³

Dall'analisi fin qui realizzata, emergono i più significativi rilievi critici. In primo luogo, il moltiplicarsi degli obblighi e degli ambiti di responsabilità che in concreto rischia di dover sopportare l'ente, in assenza, inoltre, di prescrizioni chiare e attestazioni precise di esonero, sembrerebbe eccessivo, considerando anche l'assenza di efficacia sicuramente esimente tanto del modello 231 tanto della conformità alla *soft law*.

In secondo luogo, non appare ben chiaro se le due parti che compongono il modello si possano influenzare vicendevolmente, in altre parole, se la redazione scorretta di una sezione che contempra gli adempimenti della L.190 possa implicare negativamente la restante parte del modello.

Se così fosse, come sottolineato da alcuni autori, le conseguenze sul piano giuridico sarebbero innumerevoli: il modello, in via esemplificativa, potrebbe dover sopportare, in sede processuale, un giudizio negativo di idoneità e dunque, l'ente diverrebbe destinatario delle sanzioni previste nel decreto 231.

³⁰¹ In virtù dell'obbligatorietà del RPCT, l'ANAC svolge la funzione di vigilanza penetrante al fine di assicurare l'autonomia e l'indipendenza di tale figura. Sul punto si rinvia al testo delle Linee Guida del 2017 n.1134, par. 3.1.2.

³⁰² Sul punto si veda, ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione*, cit. p. 121-122

³⁰³ Sul punto si veda SCAROINA, *La prevenzione della corruzione*, cit. p. 25, che richiama PETRILLO, *Il responsabile della prevenzione ex L. 190/2012 e l'organismo di vigilanza ai sensi del D.Lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?*, in *Rivista 231*, 01/2014, p. 103

In quest'ottica, la società sottoposta a sanzione interdittiva, potrebbe, altresì, non essere ammessa a partecipare alle gare per gli appalti pubblici sia perché, per l'appunto, la normativa in materia ne esclude la possibilità in conseguenza di una misura punitiva di tal genere³⁰⁴, sia perché l'ente potrebbe non ottenere il *rating* di legalità ed il *rating* d'impresa.³⁰⁵

Non si può, concludendo sul punto, trascurare l'onerosità che comporta la contemporanea applicazione delle due discipline, rappresentandosi il modello organizzativo e di gestione integrato come un vero e proprio “costo”, probabilmente eccessivo, per l'ente chiamato ad adottarlo.

³⁰⁴ L'art. 80, comma 5, lett. f) del Codice degli Appalti pubblici precisa che non è ammesso a partecipare alle gare per gli appalti pubblici “*l'operatore economico che sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett.c), del d.lgs. 231/2001 [...]*”

³⁰⁵ Su tale rilievo critico si veda MANACORDA, *Modello di organizzazione ex decreto 231 e adempimenti*, cit. p 31

CAPITOLO III

LA COMPLIANCE DEI DATI PERSONALI NEGLI ENTI E NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. L'introduzione del *General Data Protection Regulation*: l'evoluzione di un diritto alla riservatezza *latu sensu* – 1.1. Oggetto, finalità e ambito di applicazione del Regolamento 679/2016 – 2. I nuovi obblighi giuridici a carico delle strutture complesse: il trattamento dei dati personali alla stregua dei principi ispiratori della materia – 2.1. I diritti dell'interessato – 2.2. La sicurezza informatica e la valutazione dei rischi – 3. I soggetti destinatari: una nuova valutazione del rischio negli enti ex d.lgs. 231/2001? – 3.1. Brevi cenni sul ruolo dell'Organismo di Vigilanza nel modello integrato – 4. La protezione dei dati nelle P.A.: il bilanciamento tra la trasparenza amministrativa e il diritto alla riservatezza

1. L'introduzione del General Data Protection Regulation: l'evoluzione di un diritto alla riservatezza *latu sensu*

Lo sviluppo tecnologico, che ha caratterizzato ampiamente l'ultimo secolo, ha imposto penetranti cambiamenti nelle relazioni interpersonali, sociali ed economiche, ma in misura pressoché corrispondente, ha richiesto al legislatore di intervenire, talvolta frettolosamente, sulle modalità con cui dev'essere garantita la tutela dei nascenti e mutevoli beni giuridici.

In particolar modo, al fine di analizzare le emergenti tutele giuridiche che l'evoluzione richiede al legislatore, è agevole partire da un'osservazione: il flusso di informazioni circolanti nell'epoca della società digitale e caratterizzanti la sfera di personalità degli individui, la velocità con cui le sopracitate informazioni vengono scambiate e l'innumerabile quantità di dati messi in rete, anche in assenza di un esplicito consenso, possono porre gravemente in pericolo la libertà, la dignità delle persone, la riservatezza di queste ultime.

Approssimativamente, l'evoluzione tecnologica è entrata nel panorama internazionale senza “bussare alla porta”, ma imponendosi con forza e ha sollevato – e solleva tutt'oggi – innumerevoli preoccupazioni per i legislatori nazionali, che alle prese con

le nuove tecnologie, sono chiamati ad intervenire con immediatezza nei confronti di beni giuridici che richiedono sistemi di tutela sempre più raffinati.

Ponendo l'attenzione su ciò che si rivelerà il fulcro della presente analisi, non si può prescindere dall'affermare che la "protezione dei dati personali, nata come risposta alla tecnologia legata al trattamento automatizzato dei dati, è oggi diventata anche l'ultima e più importante barriera allo straripare della società digitale che, al fine di assicurare servizi che la stessa persona richiede, fa circolare in rete, e rende quindi potenzialmente acquisibili e controllabili, i dati personali di ognuno."³⁰⁶

La mole di informazioni acquisibili in via informatizzata, in realtà, consente, altresì, non solo di "conoscere" i dati inerenti la sfera privata dei soggetti, ma, talvolta, anche prevederne le decisioni, gli spostamenti, le preferenze e ulteriori informazioni, a tal punto da mettere in pericolo la libertà personale e quelle a quest'ultima correlate, come la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, di comunicazione, di associazione e, in via indiretta, le libertà sessuali, la libertà religiosa e quella relativa ai diritti politici e sociali.³⁰⁷

Tuttavia, la tutela giuridica di un determinato bene si impone in un sistema giuridico solo nel momento in cui detto bene viene individuato e riconosciuto quale meritevole di tutela da parte del legislatore, e, tale è stata la sorte riservata al diritto alla riservatezza e al successivo diritto alla protezione dei dati personali, che sono nati come esigenze morali e divenuti diritto in senso giuridico solo in un'epoca moderna. Tra gli interessi che sono venuti maggiormente in rilievo alla luce dell'evoluzione tecnologica e cibernetica, difatti, va posta maggior attenzione alla riservatezza, alla *privacy* e alla tutela dei dati personali, che, seppure apparendo, *prima facie*, come nozioni affini, presentano significati non esattamente sovrapponibili.

Nell'ordinamento giuridico, al termine 'riservatezza' viene attribuito, nella sua originaria e comune accezione, un significato attinente alla tutela del singolo contro la divulgazione al pubblico di fatti connessi alla sfera privata, un vero e proprio *ius excludendi alios*.³⁰⁸

³⁰⁶ PIZZETTI, *privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*, Giappichelli editore, 2016, p. 5

³⁰⁷ Sul punto si veda PIZZETTI, *privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati*, cit., p. 10

³⁰⁸ Sul punto si veda RUFFINI GANDOLFI, *Diritto alla riservatezza*, in *Digesto online*, 1990, p. 1

La riservatezza, in altri termini, “soddisfa quel bisogno di ordine spirituale che consiste nell’esigenza di isolamento morale, di non comunicazione esterna di quanto attiene all’individua persona; costituisce quindi una qualità morale della persona stessa”.³⁰⁹

Diversamente, invece, il diritto alla protezione dei dati personali, sebbene riguardi il concetto di *privacy*, non si esaurisce nel semplicistico “diritto al controllo delle proprie informazioni” ma si estende anche “alla tutela di ogni informazione riferita o riferibile a una persona identificata o identificabile, quale che ne sia il contenuto o l’oggetto”³¹⁰.

Tale diritto, conviene da subito chiarire, è maturato a seguito della nascita di un’“identità virtuale”, o in altre parole, un’identità che attiene alla protezione del singolo all’interno della società e che, come si è dapprima sottolineato, consente di acquisire informazioni di ogni tipo e a carattere personale.³¹¹

Ciò precisato, è conveniente ricordare che nel nostro ordinamento il concetto di *privacy* e di riservatezza sono ritenuti termini coincidenti, poiché entrambi attengono alla tutela della “vita privata” e assumono una portata prettamente individualistica; il diritto alla protezione dei dati personali, acquisendo al suo interno l’ulteriore interesse generale a che i dati siano trattati correttamente e lecitamente, non può essere inquadrato sinteticamente in un diritto “individualistico”, ma merita di ricomprendere sia un diritto del singolo, sia della collettività.³¹²

Al di là del significato attribuibile a tali termini, è indiscutibile che di diritto alla *privacy* si può iniziare a parlare solo a partire dal 1890, quando due giuristi statunitensi pubblicarono nella *Harvard Law Review* un articolo intitolato *Right to Privacy*, all’interno del quale analizzarono in maniera approfondita il bilanciamento tra interessi contrapposti, ed in particolare, le relazioni intercorrenti tra, da un lato, il diritto ad informare e ad essere informati e dall’altro, il diritto alla riservatezza riconosciuto ad ogni individuo (*the right to be let alone*).³¹³

³⁰⁹ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1973, p. 256-257

³¹⁰ PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati*, cit. p. 45

³¹¹ Sul punto si veda FARALLI, *il diritto alla privacy. Profili storico-filosofici*, in ZORZI GALGANO (a cura di), *persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, CEDAM, Milano, 2019, p. 4

³¹² Sul punto si veda LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali. Codice privacy, novità introdotte dal regolamento UE 2016/679 e nuove responsabilità per gli enti*, in JusOnline, n.1/2017, p. 223, che richiama a sua volta RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 19 ess., 101 e ss.

³¹³ WARREN - BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol IV, Boston 15 dicembre 1890, n.5. Il testo completo del saggio può essere reperito su www.groups.csail.mit.edu.

Con l'evoluzione socio-culturale, i confini della nozione di *privacy* delineati in quella sede hanno subito una progressiva estensione, sicché, oggi, non può essere identificata una definizione di “*privacy*” comunemente accettata a livello internazionale.³¹⁴

Tuttavia, la pressante rilevanza che ha assunto la nozione di *privacy* nell'odierno ordinamento giuridico ha condotto al perfezionamento della riservatezza a rango di interesse sovranazionale.

Di conseguenza, nel quadro dell'ordinamento europeo, il fondamento giuridico del diritto alla *privacy* è rinvenibile all'interno dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, rubricato “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”.

In particolare, la disposizione prevede che “*ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*” e aggiunge di seguito che “*non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”.

Dal testo riportato, a ben vedere, appare evidente la forte preoccupazione dell'ingerenza altrui nella sfera privata dell'individuo, a cui, come chiarisce l'art. 8, va garantita una libertà di autodeterminazione informativa; tuttavia, parallelamente, sussistono nell'ordinamento giuridico interessi di rango primario che comportano, qualora si manifesti un pericolo per la loro lesione, la consecutiva necessità di attenuare il rispetto della riservatezza.³¹⁵

Ancora, l'art. 8³¹⁶ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea impone il rispetto dei “dati di carattere personale”, come diritto autonomo e separato da quello

³¹⁴ Sul punto si veda LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali*. Cit., p. 220-221

³¹⁵ Sul punto si veda STANZIONE, *Genesi ed ambito di applicazione*, in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM., Milano, 2016, p.11

³¹⁶ L'art 8 prevede che: “*ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica.*

Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

preveduto al precedente art. 7, in merito alla protezione della propria vita privata e familiare.³¹⁷

Al fine di armonizzare gli ordinamenti nazionali, il legislatore europeo ha provveduto con la direttiva 95/46/CE³¹⁸, denominata direttiva Madre, a stabilire principi e standard della disciplina comunitaria in tema di dati personali e ha, altresì, richiesto agli Stati Membri di garantire “*la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali*”.³¹⁹

In particolar modo, la direttiva in questione, tenuto conto dell’ormai constatata rilevanza della protezione dei dati personali, introduce principi e strumenti volti a ridurre la posizione di asimmetria informativa intercorrente tra la persona interessata ed il titolare del trattamento, consentendo alla seconda di utilizzare i dati solo a seguito di un consenso informato, libero e accompagnato da una dettagliata informativa e alla prima di controllare e limitare l’utilizzo dei propri dati.³²⁰

Nel contesto, invece, dell’ordinamento interno, la norma a cui si è fatto ricorso al fine di riconoscere al diritto alla *privacy* un fondamento costituzionale è stato l’art. 2, qualificato in dottrina come una “valvola respiratrice dell’intero ordinamento giuridico”³²¹, il quale stabilisce che: “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*”

Tale riconoscimento è avvenuto ad opera della Corte Costituzionale³²², che dichiarò l’esistenza, tra i diritti inviolabili dell’uomo, anche del diritto alla riservatezza e all’intimità, come strumento di tutela della personalità umana, che trova fondamento non solo nella Costituzione, ma anche in leggi ordinarie e nel diritto internazionale.

³¹⁷ L’art. 7 prevede che: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni.*”

³¹⁸ Il legislatore italiano diede attuazione alla direttiva in questione, con la L. n.675/1996

³¹⁹ Testo contenuto all’art. 1, co 1 della citata direttiva.

³²⁰ Sul punto si veda STANZIONE, *Genesi ed ambito di applicazione*, cit. p 16-17

³²¹ GROSSI, *L’ “invenzione” del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017

³²² In particolare, si fa riferimento alla sentenza n.38 del 1973 e n.2129 del 1975. In quest’ultima la Corte specificò che il diritto alla riservatezza rappresenta “*la tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari che, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per terzi un interesse socialmente apprezzabile contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per la reputazione, l’onore e il decoro, non siano giustificate da interessi pubblici preminenti*”.

A partire dagli anni Novanta, la Corte Costituzionale aveva poi compiuto quel passaggio interpretativo successivo, attraverso il quale era giunta ad identificare, sotto la nozione di diritto alla privacy, la tutela della riservatezza e la protezione dei dati personali.³²³

Al fine di riordinare e riorganizzare la materia, il legislatore italiano istituì, con il d.lgs. 196/2003, il Codice in materia di protezione di dati personali, anche noto come Codice *Privacy* che riconosce anch'esso, accanto e in aggiunta al diritto alla riservatezza, un autonomo diritto alla protezione dei dati personali.

Tale assetto normativo è stato da ultimo modificato dal d.lgs. 101/2018, recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento UE 2016/679, riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione dei dati.

Il *General Data Protection Regulation* (GDPR) del 2016, rappresenta l'ultimo approdo normativo, in un panorama oggetto di molteplici interventi di revisione, almeno per due ordini di ragioni: anzitutto, le nuove tecnologie (per esempio, social networks, cloud computing, blockchain) hanno reso obsolete le previgenti disposizioni in quanto non più sufficientemente corrispondenti all'evoluzione tecnologica e in secondo luogo, l'incremento del numero di Stati Membri ha portato con sé l'ulteriore esigenza di imporre regole più omogenee per la regolamentazione di un mercato maggiormente esteso.³²⁴

Inoltre, il GDPR nasce da una consapevolezza ben precisa, in quanto, sebbene la Direttiva del 1995 si possa qualificare, ancora oggi, come un valido coacervo di obiettivi e principi, ciò “non ha impedito la frammentazione [sull' applicazione della disciplina in merito alla] protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche”.³²⁵

³²³Sul punto si veda FARALLI, *il diritto alla privacy. Profili storico-filosofici*, cit. p.6 che fa riferimento alle sentenze n. 139 del 1990 e n. 81 del 1993.

³²⁴Sul punto si veda COSTANTINI, *il regolamento UE 679/2016 sulla protezione dei dati personali, in il lavoro nella giurisprudenza*, n.6/2018, p. 547

³²⁵ Regolamento CE 679/2016, considerando 9

Ed infatti, lo stesso passaggio dalla Direttiva al Regolamento non è casuale, poiché nell'epoca del digitale vi è la diffusa sensazione che i dati personali siano costantemente soggetti a rischio e vi sia un'altrettanta costante idea che siano sottoponibili a penetranti violazioni e dunque, più idoneo risulta, come si è già detto, uno strumento in grado di garantire l'omogeneità sul territorio dell'Unione.³²⁶

Il nuovo Regolamento, strumento con il quale è stata abrogata la direttiva 95/46/CE, è stato applicato solo dal maggio 2018 – periodo transitorio necessario per consentire agli Stati Membri di riorganizzare l'impianto nazionale – ed è un complesso corpo normativo che si compone di 99 articoli e di 173 Considerando³²⁷, che costituiscono un preambolo notevolmente proficuo per comprendere le esigenze da soddisfare, gli obiettivi, le modalità attuative e i collegamenti con gli altri provvedimenti dell'Unione.³²⁸

Più nel dettaglio, si tratta di uno strumento normativo finalizzato, da un lato, a garantire la protezione delle persone fisiche e dei loro diritti e libertà fondamentali, mentre dall'altro presenta delle disposizioni volte a disciplinare la libera circolazione dei dati personali.³²⁹

Ed infatti, lo stesso Considerando n. 1 specifica che “*la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale*” e richiama, inoltre, le fonti europee che elevano il trattamento dei dati personali ad un diritto dell'uomo (in particolare, l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 16³³⁰ del Trattato sul funzionamento

³²⁶ Sul punto si veda COLAPIETRO, *i principi ispiratori del regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *federalismi.it*, n.22/2018, p.3

³²⁷ La funzione di indirizzo interpretativo dei Considerando è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui un atto normativo va interpretato «tenendo conto non soltanto della lettera delle stesse, ma anche del loro contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui esse fanno parte [...]». In tal senso, il dispositivo di un atto dell'Unione è indissociabile dalla sua motivazione e deve essere interpretato, se necessario, tenendo conto dei motivi che hanno portato alla sua adozione» STANZIONE, *Genesi e ambito di applicazione*, cit. p. 24

³²⁸ Sul punto si veda NUCCI, *Protezione dei dati personali e GDPR: dai precetti giuridici ai processi organizzativi*, IPSOA, 2018, p. 7

³²⁹ Sul punto si veda CICLOSI, *La normativa europea e italiana in materia di protezione dei dati personali*, in PIGLIAPOCO (a cura di) *La protezione dei dati e la gestione del rischio nella pubblica amministrazione, un approccio unificato nel contesto del GDPR e del framework europeo di sicurezza cibernetica*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p.46

³³⁰ L'art. 16 prevede, infatti, che: “Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento

dell'Unione Europea), che va, tuttavia, bilanciato con la pressante esigenza di rendere più sicura e veloce la circolazione dei dati personali.

Dal punto di vista sostanziale, attraverso il Regolamento in questione, l'approccio alla protezione dei dati varia enormemente: in effetti, si assiste in questa sede, al passaggio da un approccio formale e autorizzatorio, caratterizzante la direttiva Madre, ad un approccio sostanziale e fondato sul principio dell'*accountability*, o per meglio dire, della responsabilità. (*infra* par.2)³³¹

L'inadeguatezza del sistema delineato dalla direttiva del 1995 è data dal meccanismo essenzialmente riparatorio, mentre la recente disciplina accoglie un'impostazione maturata nell'ultimo decennio e fondata su un meccanismo di tutela preventiva, che si basa, a sua volta, su strumenti di valutazione di impatto sulla protezione dei dati e sulla protezione ideata fin dalla prima fase di progettazione del dato.³³²

La fonte comunitaria richiede, dunque, di incorporare nei processi tecnologici e organizzativi il rispetto del diritto alla protezione dei dati, in modo che l'attività produttiva, come ad esempio la fornitura di beni e servizi, integri nel proprio sistema le cautele previste per il trattamento dei dati.³³³

L'innovatività del Regolamento si rivela, inoltre, già a partire dall'individuazione del quadro dei diritti, che viene consolidato e ampliato dal legislatore europeo, attraverso l'introduzione del diritto alla portabilità dei dati, il diritto di opposizione e il diritto all'oblio.

In via approssimativa, il diritto alla portabilità dei dati consente all'interessato di ricevere le informazioni che lo riguardano fornite ad un titolare del trattamento e di trasmetterli ad altro titolare, al fine di evitare che detti dati vengano utilizzati per finalità diverse rispetto a quelle per le quali il consenso è stato prestato.

dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti. Le norme adottate sulla base del presente articolo fanno salve le norme specifiche di cui all'articolo 39 del trattato sull'Unione europea.”

³³¹ Sul punto si veda FARALLI, *il diritto alla privacy*, cit. p.8

³³² Sul punto si veda STANZIONE, *Genesi e ambito di applicazione*, cit. p. 21

³³³ Sul punto si veda COSTANTINI, *il regolamento UE 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, cit., p. 546-547

Il diritto di opposizione, invece, permette di opporsi al trattamento dei dati con particolare riferimento alla profilazione, meccanismo attraverso il quale è possibile individuare le abitudini di consumo, gli interessi e le scelte.

Infine, il diritto all'oblio si riferisce alla possibilità di poter cancellare notizie riguardanti informazioni a carattere personale, rispetto alle quali è trascorso un notevole lasso di tempo idoneo a giustificare il sopravvenuto disinteresse a che gli altri ne abbiano conoscenza.³³⁴

1.1.Oggetto, finalità ed ambito di applicazione del Regolamento 679/2016

L'art. 1 del Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, nel delineare l'oggetto e le finalità, afferma che: *“Il [...] regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati”* ed aggiunge che *“protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali”*.³³⁵

Immediatamente dopo, tuttavia, il legislatore, al comma 3 del medesimo articolo, parrebbe porre un freno alla tutela del diritto, specificando che esso non è “assoluto” ma relativo, poiché la libera circolazione dei dati all'interno dell'Unione non può essere limitata o ancora vietata per ragioni che attengono alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati.³³⁶

Ed infatti, il Considerando 4 segue sostanzialmente tale direzione, specificando che, seppur *“il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo”*, *“il diritto alla protezione dei dati [...] non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità”*.³³⁷

³³⁴ Sul punto si veda FARALLI, *il diritto alla privacy*, cit. p.8

³³⁵ Regolamento UE 2016/679, art. 1, commi 1 e 2

³³⁶ Sul punto si veda CICLOSI, *Normativa europea e italiana*, cit. p. 47

³³⁷ Regolamento UE 2016/679, Considerando 4

Si tratta di un’impostazione che il legislatore europeo richiama anche al Considerando 13, all’interno del quale è inteso che: “*per il buon funzionamento del mercato interno è necessario che la libera circolazione dei dati all’interno dell’Unione non sia limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati.*”³³⁸

Dalla lettura combinata tra i sopracitati Considerando e l’art 1, è possibile preliminarmente affermare che la disciplina in questione si impernia sul concetto di “circolazione del dato” e tale simile impostazione segna il passaggio dalla concezione sostanzialmente statica della tutela preposta al diritto alla riservatezza, individuata in senso negativo come quel *ius excludendi alios* ad una concezione dinamica, dove la protezione giuridica non è più rivolta alla singola persona fisica, ma anche ai dati e alle informazioni che la riguardano e dunque è indirizzata ai dati nel momento della loro circolazione.³³⁹

In sostanza, dunque, ciò dimostra come nella nuova normativa europea la protezione del dato personale non è collegata ad un interesse del singolo, inteso nella sua individualità, ma in un interesse a carattere collettivo, a che i dati circolino lecitamente e correttamente.³⁴⁰

Passando, invece, all’analisi dell’ambito territoriale di applicazione del GDPR, è necessario ricordare che la disciplina sulla protezione dei dati ha consentito di superare una delle problematiche più critiche sollevate in sede di applicazione della Direttiva Madre, vale a dire l’individuazione del diritto nazionale applicabile.³⁴¹

In particolare, la Direttiva 95/46/CE prevedeva che la disciplina sulla protezione dei dati personali fosse applicata solo nell’ipotesi in cui il trattamento dei dati personali avvenisse “*nel contesto di uno stabilimento del responsabile del trattamento (oggi denominato titolare del trattamento) nel territorio dello Stato membro.*”³⁴²

Con il fine di uniformare la disciplina in materia di *privacy*, il nuovo Regolamento non può che cambiare direzione. Difatti, l’art. 3, rubricato “Ambito di applicazione territoriale” prevede che esso “*si applica al trattamento dei dati personali effettuato*

³³⁸ Regolamento UE 2016/679, Considerando 13

³³⁹ Sul punto si veda RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p.367 ss.

³⁴⁰ LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali*, cit. p. 251

³⁴¹ Sul punto si veda STANZIONE, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 1251 ss.

³⁴² Testo della Direttiva 95/46/CE, art. 4 (1)(a)

nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione.”

Tale disposizione fa riferimento alla nozione di “stabilimento” che, ancora una volta, richiede di verificare quanto il legislatore europeo specifica all’interno dei considerando che, come si è in parte anticipato, rappresentano la chiave interpretativa di tutte le disposizioni regolamentari in materia di *privacy*.³⁴³

Il considerando 22 prevede, infatti, che “*lo stabilimento implica l'effettivo e reale svolgimento di attività nel quadro di un'organizzazione stabile. A tale riguardo, non è determinante la forma giuridica assunta, sia essa una succursale o una filiale dotata di personalità giuridica.*”

Ciò che, dunque, risulta da un’immediata lettura dell’art. 3 del Regolamento e dall’art. 4 della Direttiva del 1995, è che il legislatore del 2016 ha notevolmente ampliato la portata applicativa della disciplina sulla protezione dei dati personali, in realtà, spinto probabilmente dalle istanze manifestate dalla giurisprudenza eurolunitaria.

In particolare, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha anticipato tale mutamento legislativo in numerose sentenze ed in particolare nel caso Google Spain³⁴⁴ giungendo a ritenere applicabili le disposizioni della Direttiva Madre anche a coloro che, non trovandosi lo stabilimento nel territorio dell’Unione, avessero trattato dati personali di cittadini a quest’ultimo appartenenti.

A ciò si deve, inoltre, aggiungere che, il secondo paragrafo dell’art. 3 del Regolamento europeo prevede che questo: “[...] *si applica al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano: a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento*

³⁴³ Sul punto si veda COLAPIETRO, *i principi ispiratori*, cit., p. 8

³⁴⁴ La Corte al fine di ampliare l’applicazione della Direttiva del 1995 ritenne che “il trattamento dei dati personali realizzato per le esigenze di servizio di un motore di ricerca come Google Search, gestito da un’impresa con sede in uno Stato terzo, ma avente uno stabilimento in uno Stato membro, viene effettuato nel contesto delle attività di tale stabilimento qualora quest’ultimo sia destinato a garantire in tale Stato membro la promozione e la vendita di spazi pubblicitari proposti dal suddetto motore di ricerca e che servono a rendere redditizio il servizio offerto da quest’ultimo”.

dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione.

Il legislatore, quindi, ha ideato un meccanismo in base al quale viene garantita la generale applicabilità del Regolamento ad un trattamento di dati che avviene nei confronti di cittadini appartenenti all'Unione, anche se lo stabilimento è collocato fuori dal suo territorio.³⁴⁵

Infine, coerenza espositiva impone di riportare anche quanto affermato dal terzo paragrafo dell'art. 3, ove il legislatore europeo ha inteso prevedere, altresì, che le disposizioni in materia di protezione dei dati vengono applicate anche al titolare del trattamento che non è stabilito nell'Unione, ma in un luogo in cui viene applicata la normativa di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico.

Il legislatore europeo delinea, accanto e in aggiunta all'ambito di applicazione territoriale, il corrispondente meccanismo di applicazione materiale.

A tal fine, l'art. 2 del testo normativo prevede che *“Il presente regolamento si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi”*.³⁴⁶

Sebbene la norma testé riportata riproduca il testo dell'art. 3³⁴⁷ paragrafo 1 della Direttiva del 1995, procedendo ad un confronto tra le definizioni di “dati personali” e “trattamento” presenti nei due testi, emergono talune differenze.

In primo luogo, la nuova fonte normativa estende il significato di “dato personale”, che l'art. 4 del Regolamento definisce come *“qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile”*; difatti, oggi, rientra nel concetto di dato personale il nome, l'identificativo online³⁴⁸, i dati relativi all'ubicazione³⁴⁹ o ancora, i

³⁴⁵ PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., p.160 ss.

³⁴⁶ Regolamento UE 679/2016, art. 2

³⁴⁷ *“Le disposizioni della presente direttiva si applicano al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi.”*

³⁴⁸ Per identificativo online si intende la “traccia digitale prodotta dal dispositivo, applicazione o ancora, marcatori temporali (cookies), che se combinata con altri identificativi univoci, può individuare e creare dei profili di persone fisiche. Sul punto si veda MIRONE, *il dato personale: cos'è e come trattarlo*, in MARTORANA (a cura di), *GDPR e decreto legislativo 101/2018, Vademecum del professionista: obblighi, adempimenti, strumenti di tutela*, CEDAM, Milano, 2019, p. 2

³⁴⁹ L'art. 2 della Direttiva 2002/58/CE definisce i dati relativi all'ubicazione come *“ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica accessibile al pubblico”*. L'art. 126 del Codice Privacy

dati corrispondenti a caratteristiche fisiche, psichiche, economiche, culturali, fisiologiche o comportamentali (ad esempio i dati dattiloscopici).³⁵⁰

Il Considerando 26, inoltre, specifica che per stabilire se una persona sia identificabile, è necessario valutare *“tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente.”*³⁵¹

Si sottolinei che il concetto di “identificabilità” è il fulcro per l’applicazione del Regolamento europeo: difatti, i dati anonimi non sono suscettibili di tutela, in quanto non riconducibili in alcun modo ad un individuo.

Contrariamente, la normativa *de qua* tutela i c.d. dati pseudonimizzati, o per meglio dire, quella categoria di dati che sono solo parzialmente anonimi e dunque, di fatto, attraverso un processo informatico, possono essere utilizzati per l’identificazione del proprietario.³⁵²

Continuando sul punto, si rilevi che la categoria di “dati” non è composta dai soli dati personali: infatti, il legislatore europeo individua, accanto e in aggiunta a quelli già riportati, anche i dati particolari e i dati giudiziari.

Il dato particolare, talvolta denominato anche dato sensibile, è elencato all’art. 9 del Regolamento, all’interno del quale è previsto che: *“è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.”*³⁵³

riformato dal d.lgs.101/2018 prevede che tali dati *“relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, riferiti agli utenti o ai contraenti di reti pubbliche di comunicazione o di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, possono essere trattati solo se anonimi o se l'utente o il contraente ha manifestato previamente il proprio consenso, revocabile in ogni momento, e nella misura e per la durata necessari per la fornitura del servizio a valore aggiunto richiesto.”*

³⁵⁰ Sul punto si veda STANZIONE, *Genesis e ambito di applicazione*, cit. p. 23-24

³⁵¹ Regolamento UE 679/2016, considerando 26

³⁵² Sul punto si veda MIRONE, *il dato personale*, cit., p. 2

³⁵³ Il divieto imposto dal legislatore decade in alcune ipotesi delineate all’interno dell’art. 9 paragrafo 2: *“Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1; b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie*

I dati giudiziari, diversamente, sono dati relativi a condanne penali, alla commissione di reati o ancora connessi a misure di sicurezza; l'art. 10 del Reg. acconsente al trattamento di detti dati purché esso avvenga sotto il controllo dell'autorità pubblica, in quanto unico soggetto autorizzato a detenere il registro delle notizie di reato, ovvero sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati Membri, assicurando il rispetto delle garanzie preposte alla tutela dei diritti e delle libertà degli interessati.³⁵⁴

In secondo luogo, la nuova disciplina parallelamente amplia in maniera significativa l'elenco delle operazioni che devono essere considerate un "trattamento di dati personali", talché, accanto ai tradizionali meccanismi, come la raccolta, la registrazione, l'estrazione, la consultazione, la diffusione, l'organizzazione, la conservazione, la modifica, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, la distruzione o la cancellazione, compaiono altresì, la strutturazione, l'uso e la limitazione.³⁵⁵

appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato; e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3; i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale; j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato."

³⁵⁴ Art. 10: "Il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica"

³⁵⁵ Sul punto si veda STANZIONE, *Genesi e ambito di applicazione*, cit., p. 25

Inoltre, si introduce per la prima volta il concetto di “proliferazione”, che rimanda a qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali, consistente nel loro utilizzo al fine di valutare determinati aspetti relativi alla persona fisica.

In particolare, si fa riferimento alle c.d. analisi predittive aventi ad oggetto la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, il rendimento professionale e la situazione economica.³⁵⁶

L’art. 2 del nuovo Regolamento stabilisce, al secondo paragrafo, una importante limitazione in negativo dell’ambito di applicazione, delineando una serie di ipotesi in cui detta disciplina non viene applicata.

In particolare, si prevede che, in primo luogo, la disciplina è limitata al trattamento dei dati *effettuati per attività che non rientrano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione* e ancora al trattamento di dati *effettuati dagli Stati membri nell’esercizio di attività che rientrano nell’ambito di applicazione del titolo V, capo 2, TUE* (e dunque nell’ambito di attività inerenti alla politica estera e alla sicurezza comune) e in secondo luogo, la limitazione ha ad oggetto il trattamento effettuato *da una persona fisica per l’esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico*³⁵⁷, e a quello effettuato *dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse.*”

È chiaro, dunque, che il legislatore abbia voluto individuare i destinatari della normativa solo in via diretta; difatti, il Regolamento non contempla espressamente i soggetti giuridici a cui detta disciplina dev’essere applicata, ma si limita a individuare in via negativa coloro nei cui confronti non dev’essere eseguita.

³⁵⁶ Regolamento UE 679/2016, art. 4

³⁵⁷ Si fa riferimento ai casi di c.d. “*household exemption*”. Il Considerando 18 specifica che: “*il presente regolamento non si applica al trattamento di dati personali effettuato da una persona fisica nell’ambito di attività a carattere esclusivamente personale o domestico e quindi senza una connessione con un’attività commerciale o professionale. Le attività a carattere personale o domestico potrebbero comprendere la corrispondenza e gli indirizzari, o l’uso dei social network e attività online intraprese nel quadro di tali attività. Tuttavia, il presente regolamento si applica ai titolari del trattamento o ai responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell’ambito di tali attività a carattere personale o domestico.*”

Tale esclusione è stata criticata in dottrina, poiché si è persa un’opportunità per l’applicazione della disciplina nell’ambito dei *social media*. Sul punto si veda PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, cit., 335 s., secondo cui non può «non sorprendere che il Regolamento euro-unitario, non solo non affronti espressamente la questione, ma anzi tenda ad escluderla dal suo ambito di applicazione».

Infine, l'art. 2 del Regolamento si conclude con l'ulteriore esclusione, agli ultimi due paragrafi,³⁵⁸ per il trattamento di dati effettuato dalle istituzioni, dagli organi, dagli uffici e dalle agenzie dell'Unione europea, per i quali si applica Regolamento (CE) 2001/45, “*concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati*”.

Concludendo sul punto, il quarto ed ultimo paragrafo stabilisce che il Regolamento non pregiudica l'applicazione della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in particolare delle norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi che operano in tale settore.³⁵⁹

2. I nuovi obblighi giuridici a carico delle strutture complesse: il trattamento dei dati personali alla stregua dei principi ispiratori della materia.

Nell'attuale quadro del diritto europeo sulla protezione e circolazione dei dati personali, acquisisce fondamentale rilevanza la presa di coscienza circa l'impossibilità di controllare ed impedire l'acquisizione e l'utilizzo di dati personali da parte di soggetti terzi.

L'individuo, difatti, lascia dietro di sé un'innumerabile quantità di informazioni riguardanti la sua persona, che pur volendo, non possono essere sottratti all'altrui conoscenza.

Si pensi che, nel quadro odierno, non esiste un'attività pubblica o privata che, per il suo funzionamento, non richieda l'accesso o la utilizzabilità dei dati personali.³⁶⁰

Anzi, nell'epoca della società digitale, le gran parte dei servizi vengono erogati più efficacemente mediante l'accesso alle informazioni di carattere personale, siano esse prestate in virtù di un previo consenso oppure in assenza di quest'ultimo.

³⁵⁸ Regolamento UE 679/2016, art. 2, paragrafi 3 e 4

³⁵⁹ Sul punto si veda COLAPIETRO, *i principi ispiratori*, cit., p. 13

³⁶⁰ Sul punto si veda PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 2/2017, CEDAM, p.16

In un contesto, dunque, dove il pieno controllo sulle informazioni degli individui non può essere realizzato, le modalità con cui detti dati debbano essere trattati non può che essere vincolata al rispetto di principi predisposti dal legislatore.

Entrando nel vivo della nuova disciplina, l'art. 5, rubricato "Principi applicativi al trattamento dei dati personali" impone il rispetto dell'obbligo di trattare il dato personale in modo *"lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato"*, di raccogliarlo per determinate finalità, siano esse esplicite e legittime, e di trattarlo in modo che tale modalità non sia incompatibile con le finalità per le quali è stato predisposto il suo utilizzo.

Ma ciò non basta. L'art. 5 richiede, altresì, il rispetto di specifiche modalità di conservazione³⁶¹, spingendosi fino a imporre un'adeguata sicurezza dei dati *"compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentale"*.

Ancora, il par. 2 dello stesso art. 5 afferma a sua volta un ulteriore principio in forza del quale *"il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo"*: si tratta di quello che, nella versione italiana del regolamento, viene definito principio di "responsabilità o responsabilizzazione", e che nella versione inglese viene denominato principio dell'"*accountability*".

Volendo procedere con ordine, pare opportuno soffermarsi, in primo luogo, sul principio di liceità del trattamento.

In particolare, il legislatore europeo stabilisce che il trattamento è lecito solo se ricorre una delle condizioni elencate all'interno dell'art. 6, che possono essere riassunte in due macrocategorie: l'interessato deve aver espresso il suo consenso, in relazione ad una o più finalità o, in via alternativa, il trattamento deve essere necessario.³⁶²

³⁶¹ L'art. 5, lett. e specifica che i dati devono essere *"conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato («limitazione della conservazione»)"*

³⁶² L'art. 6 del Regolamento UE 679/2016 prevede che: *"1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali"*

La prima tra le due ipotesi è rappresentata dal consenso dell'interessato; l'art. 4 del Regolamento definisce tale requisito come *“qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento”*.³⁶³

L'art. 7 del medesimo testo normativo disciplina a sua volta sia la fase immediatamente precedente al consenso (c.d. fase preconsensuale) sia quella successiva dell'eventuale revoca.³⁶⁴

Limitatamente alla fase preconsensuale, il regolamento stabilisce che, *“se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata [...] in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro”*.

Inoltre, se la dichiarazione presenta un contenuto complesso ed è redatta in violazione di quanto disposto dal legislatore europeo, essa risulterà non vincolante per l'interessato; la richiesta di consenso sarà, dunque, come se non fosse mai stata presentata.

Il benessere della persona fisica, tuttavia, non è obbligante in via assoluta: il Regolamento prevede, altresì, che l'interessato possa revocare il proprio consenso, senza che ciò pregiudichi gli effetti sulla liceità del trattamento già praticato.³⁶⁵

adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore. La lettera f) del primo comma non si applica al trattamento di dati effettuato dalle autorità pubbliche nell'esecuzione dei loro compiti.”

³⁶³ Il legislatore, oltre a prevedere la definizione richiamata, aggiunge al par. 4 dell'art. 7 che: *“Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto.”* È un'ipotesi, questa, che si verifica con una certa frequenza: non di rado, al fine di accedere ad un servizio online viene posto all'individuo un *aut aut*, o si presta il consenso o il servizio non viene erogato. Sul punto GUASTALLA, *il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa/Europa*, n.1/2018, p. 113

³⁶⁴ Sul punto si veda GUASTALLA, *il nuovo regolamento europeo*, cit., p.112

³⁶⁵ Sul rapporto tra informativa e consenso si veda PELINO, in *AA.VV., Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 180 ss.

Limitatamente alla fase post-consensuale, l'art. 7, par. 3 specifica che l'interessato può revocare il proprio consenso in qualsiasi momento, senza che ciò, come si è detto, pregiudichi gli effetti del trattamento già compiuto e tale revoca dovrà essere effettuata con le stesse modalità attraverso cui è stata concessa, rispettando, dunque, i criteri di "semplicità" richiesti.

I casi in cui ricorre l'ipotesi di necessità del trattamento sono elencanti all'interno dello stesso art. 6: si tratta, in via esemplificativa, del trattamento "*necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte*", o "*necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica* (si pensi all'emergenze cliniche)" o ancora del trattamento "*necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento*" (si pensi all'ipotesi in cui un notaio debba dare pubblicità ad un contratto a cui per legge è tenuto e all'interno del quale risultano presenti dei dati personali).³⁶⁶

Volgendo poi la presente analisi al secondo principio previsto dal legislatore europeo, che impone un trattamento dei dati "corretto", è necessario sottolineare che si tratta di un'ipotesi particolarmente complessa nella delimitazione significativa, poiché all'interno del Regolamento il principio della correttezza non è mai menzionato autonomamente, ma, con frequenza, viene affiancato ad altri.

Dunque, al fine di ricercarne il significato giuridico, è agevole rimandare alla terminologia utilizzata nel testo originale del Regolamento, all'interno del quale, il legislatore europeo utilizza la parola "*fair*", evocante semanticamente i concetti di lealtà e onestà.

Il legislatore sembrerebbe voler creare una "dimensione etica", o per meglio dire, puntare l'attenzione sul modello comportamentale che dovrebbe essere adottato dal titolare del trattamento: questi deve assumere un atteggiamento leale e in buona fede.³⁶⁷

Infine, il principio di trasparenza è alla base degli artt. 12 ss., all'interno dei quali sono disciplinati i rapporti tra titolare del trattamento ed interessato, e in sostanza può essere definito alla stregua di quanto riportato dal Considerando 39 in cui è stabilito che: "*le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali devono*

³⁶⁶ Sul punto si veda GUASTALLA, *il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., p.111

³⁶⁷ Sul punto si veda CICLOSI, *La normativa europea*, cit., p. 213

essere *facilmente accessibili e comprensibili* e deve essere utilizzato *un linguaggio semplice e chiaro*.”³⁶⁸

Ulteriori sono, inoltre, i principi³⁶⁹ che devono orientare il trattamento dei dati personali; tuttavia, in questa sede, pare opportuno dedicare apposita trattazione al principio di *accountability*, contenuto al capo IV del Regolamento, espressamente destinato all’identificazione del “titolare del trattamento” e del “responsabile del trattamento”.

Preliminarmente, è possibile definire il titolare del trattamento, “*data controller*”, come “*la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo, che singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità o i mezzi del trattamento dei dati*”³⁷⁰; si tratta, in sostanza, di colui che è chiamato a prendere le decisioni e a compiere le scelte relative al trattamento dei dati, a cui, poi, dovranno adeguarsi altri soggetti.

Diversamente, il responsabile del trattamento è “*la persona fisica o giuridica, l’autorità pubblica, il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento*”³⁷¹; in tal caso si tratta, invece, di una figura eventuale, che può essere presente all’interno della struttura e alla quale si ricorre ogniqualvolta un trattamento debba essere effettuato per conto del titolare.

Il principio di *accountability*, invece, è previsto all’art. 24, all’interno del quale, al primo paragrafo, il legislatore stabilisce che: “*Tenuto conto della natura, dell’ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al*

³⁶⁸ Regolamento UE 679/2016, Considerando 39

³⁶⁹ Tra questi, oltre il principio di liceità, trasparenza e correttezza già analizzati, ricorrono: il principio di limitazione delle finalità, di cui in parte si è già parlato, che impone di raccogliere i dati per finalità specifiche e di effettuare il trattamento in conformità alle predette finalità; il principio di minimizzazione dei dati, che prevede che i dati siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati; il principio di esattezza, in base al quale i dati sono esatti e, se necessario, aggiornati e dunque se inesatti diventano oggetto di rettifica o cancellazione; il principio di limitazione della conservazione, in forza del quale i dati devono essere utilizzati e conservati fino al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati, imponendo, dunque, un limite temporale al loro sfruttamento; i principi di integrità e di riservatezza, che impongono al soggetto che tratta i dati personali di garantire un’adeguata sicurezza ed integrità, anche mediante misure tecniche. Sull’analisi dei principi si rinvia al testo integrale dell’art 5 del Regolamento UE 679/2016.

³⁷⁰ Regolamento UE 679/2016, art. 4 par. 7

³⁷¹ Regolamento UE 679/2016, art. 4 par. 8

presente regolamento. Dette misure sono riesaminate e aggiornate qualora necessario.”

Il concetto dell'*accountability* è stato tradotto nella versione italiana del Regolamento con il termine “responsabilità”; in realtà, parrebbe non corrispondere pienamente con l’etimologia della parola, ma sembrerebbe trovarsi a mezza via tra i termini “responsabilità” e “*compliance*”.

In base al regolamento in esame, infatti, il titolare del trattamento dev’essere “*compliant*” e, dunque, deve stabilire autonomamente le modalità, le garanzie e i limiti del trattamento dei dati, tenendo in considerazione che dovrà dimostrare di aver adottato le misure tecniche ed organizzative adeguate ed efficaci.

Nulla dice il legislatore su quella sia il significato proprio dei concetti di adeguatezza ed efficacia. La dottrina, dunque, con lo scopo di sopperire ad un vuoto di determinatezza, ha specificato che dovranno essere ritenute adeguate quelle misure adottate dal Titolare che, in sede di applicazione, tengono in considerazione il contesto e le circostanze in cui avviene il trattamento; diversamente, potranno essere considerate efficaci, quelle misure adottate *ex ante* rispetto al momento in cui ha inizio il trattamento e soggette ad una verifica di positività *ex post*.³⁷²

All’interno del Regolamento sono, pertanto, rinvenibili una serie di disposizioni che mirano ad indirizzare il titolare del trattamento al raggiungimento del livello di *compliance* adeguato ed efficace, mediante l’adozione di documenti scritti, tra i quali merita richiamare l’adozione di codici di condotta o, ancora, la redazione di Registri del Trattamento³⁷³ e la nomina del *Data Protection Officer*.³⁷⁴

Dunque, l’adozione di questo principio apre una nuova stagione nella protezione dei dati personali, manifestando, altresì, un nuovo orientamento di politica del diritto.

Il legislatore europeo ha, infatti, optato per un approccio totalmente basato sulla gestione del rischio, non limitandosi a prevedere soltanto prescrizioni dirette e precise

³⁷² Sul punto si veda FACCIOLI-CASSARO, *il “GDPR” e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in *Il diritto industriale*, IPSOA, 6/2018, p. 562

³⁷³ Il registro del Trattamento, previsto all’art. 30 del Regolamento, consiste in un documento, anche in forma elettronica, all’interno del quale il Titolare e il Responsabile descrivono le modalità con cui è stato effettuato il trattamento dei dati, ricomprendendo altresì le finalità del trattamento, la descrizione delle categorie di interessati e dei dati trattati, le categorie dei “destinatari” e dunque i soggetti a cui tali dati verranno comunicati e tutte le ulteriori informazioni necessarie affinché il trattamento avvenga nel rispetto delle modalità delineate dal legislatore.

³⁷⁴ Sul punto si veda FACCIOLI-CASSANO, *IBIDEM*

alla cui mancata applicazione consegue una sanzione, ma stabilendo un obiettivo da realizzare, attraverso modalità da determinare di volta in volta e che saranno oggetto di una successiva valutazione da parte dell'autorità di controllo e del giudice.³⁷⁵

Ultimo principio di portata generale che merita una specifica ed autonoma trattazione è quello sancito all'art. 25, in cui il legislatore europeo impone il rispetto della “*Privacy by design*” e “*Privacy by default*”.

La disposizione in esame recita: “*Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento [...] il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati.*

Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.”

Al fine di procedere con ordine, il primo gruppo di misure attiene al principio di *privacy by design*, che è volto a tutelare il dato sin dal momento della progettazione.

In particolare, il titolare del trattamento è tenuto ad adottare delle misure organizzative e tecniche adeguate e prevedere un sistema che, ancor prima del trattamento da effettuare, consideri gli effetti e la portata del trattamento per l'interessato.

In particolare, attraverso tale valutazione, il titolare sarà in grado di ridurre *ex ante* l'ingerenza nella sfera dell'interessato ed analizzare, mediante l'attività preparatoria,

³⁷⁵ Sul punto si veda FINOCCHIARO, *il principio di accountability*, in CATERINA (a cura di), *GDPR tra novità e discontinuità, Dottrina e attualità giuridiche*, Giurisprudenza italiana, UTET, 12/2019, p. 2778

che le operazioni da compiere siano conformi ai principi in tema di protezione dei dati personali ³⁷⁶.

Tra le misure tecniche ed organizzative adeguate, è contemplata la c.d. pseudonimizzazione; si tratta del risultato ottenuto mediante un meccanismo di privazione ai dati degli elementi essenziali di riferibilità ad una specifica persona, alla quale non sarà più possibile risalire neanche attraverso la medesima operazione, se non attraverso l'utilizzo di informazioni aggiuntive. ³⁷⁷

Diverso principio – ma complementare a quello appena analizzato – è quello della *privacy by default*, in base al quale, le imprese, per impostazione predefinita, devono effettuare la raccolta dei dati personali limitatamente per le finalità del trattamento e per il periodo strettamente necessario al raggiungimento di detti fini. “Si tratta, in altre parole, della summa dei principi di “minimizzazione dei dati” e di “limitazione della finalità” (da cui discende a sua volta il principio della “limitazione della conservazione”, il quale impone di limitare nel tempo il trattamento e l’archiviazione dei dati raccolti).”³⁷⁸

2.1. I diritti dell’interessato

Con il termine “diritti dell’interessato” si intendono una serie di prerogative, comprensive di poteri e rimedi attribuiti dal Regolamento alla persona fisica e che consentono a quest’ultima di seguire, controllare e indirizzare la circolazione dei propri dati personali. ³⁷⁹

Il Regolamento europeo 679/2016 è intervenuto modificando ampiamente la disciplina previgente contenuta nella Direttiva Madre e incidendo in misura rilevante sulla

³⁷⁶ Sull’analisi della *Privacy by design* si veda D’ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design* in SICA, D’ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Milano, 2016, p.81; FACCIOLI-CASSARO, *il “GDPR” e la normativa di armonizzazione*, cit., p.563

³⁷⁷ Sul punto si veda D’ORAZIO, *IBIDEM*

³⁷⁸ GUASTALLA, *il nuovo regolamento europeo*, cit., p.122

³⁷⁹ Sul punto si veda DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in CUFFARO-RICCIUTO-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 225 ss.

categoria dei “diritti dell’interessato” ampliandone la portata applicativa di quelli già esistenti e introducendone ulteriori.

Nell’analisi delle prerogative attribuite alla persona fisica, il “diritto di accesso” può essere considerato la colonna portante dell’intero impianto normativo *ante e post* riforma, giacché esso consente all’interessato di conoscere i dati personali raccolti dal titolare, il trattamento loro rivolto e gli eventuali destinatari.

È possibile astrattamente individuare una duplice funzione del diritto di accesso.³⁸⁰

In primo luogo, esso risulta preordinato e strumentale all’esercizio degli ulteriori diritti previsti all’interno del Regolamento (artt. 16-22), in quanto sembrerebbe inverosimile valersi del diritto alla rettifica, alla cancellazione, all’opposizione o alla portabilità, senza aver previamente conoscenza dei dati oggetto del trattamento.

In secondo luogo, il diritto di accesso consente di verificare la conformità del trattamento alle regole prestabilite dal Regolamento e l’aderenza del trattamento a quanto illustrato dal titolare nell’informativa di cui all’art. 13 e 14³⁸¹, a seconda che i dati siano raccolti presso l’interessato oppure non siano ottenuti presso quest’ultimo. La Direttiva Madre, nel prevedere il diritto di accesso, consentiva agli Stati Membri di regolare tale diritto in conformità con l’ordinamento interno; diversamente con il Regolamento europeo, il legislatore ha previsto all’art. 15, una serie di prescrizioni rivolte al titolare del trattamento, che non potranno essere soggette a deroghe e che consentono all’interessato, da un lato, di ricevere dal titolare la conferma sull’attuale trattamento dei propri dati e dall’altro di accedere a questi ultimi.

³⁸⁰ Sul punto si veda, MONTANARO, *Il diritto di accesso ai dati personali e il diritto di rettifica*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati tra libertà e regole del mercato*, *Commentario al regolamento UE n.679/2016 e al d.lgs. 101/2018*, Giuffrè Editore, Milano, p. 189

³⁸¹ Gli artt. 13 e 14 prevedono due regimi di informativa differenti. In particolare, l’art. 13 prevede che nel caso di raccolta presso l’interessato dei dati che lo riguardano, il titolare del trattamento fornisce all’interessato, nel momento in cui i dati sono ottenuti, un’informativa contenente: l’identità e i dati di contatto del titolare e del responsabile, le finalità del trattamento nonché la base giuridica del trattamento, gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di destinatari dei dati personali, se applicabile, dev’essere indicata anche l’intenzione del titolare di trasferire i dati a un paese terzo o ad un’organizzazione internazionale. Qualora il trattamento si basi sull’art. 6, par. 1, lett. f) devono essere indicati, altresì, i legittimi interessi perseguiti dal titolare o da terzi. Affinché si possa garantire, inoltre, un trattamento corretto e trasparente devono essere fornite ulteriori informazioni, concernenti perlopiù il periodo di conservazione del dato e l’esistenza dei diritti connessi al trattamento del dato. Si rimanda, per quanto concerne le ulteriori precisazioni, al contenuto dell’art. 13 del Regolamento UE 679/2016. L’art. 14, diversamente, è dedicato all’ipotesi in cui il dato personale non è raccolto direttamente presso l’interessato; in quest’ipotesi, il legislatore dispone la comunicazione delle medesime indicazioni previste all’art. 13, aggiungendo, altresì, ulteriori precisazioni. Si rimanda, per l’analisi dell’art. 14, al testo integrale della disposizione all’interno del Regolamento UE 679/2016

Tale facoltà attribuita all'interessato, a ben vedere, consente non di ricevere una semplicistica e scarna conferma, ma un riscontro circostanziato, attraverso il rilascio di una copia e di documenti contenenti parte delle specificazioni menzionate già nell'obbligo di informativa.³⁸²

L'interessato, al fine di esercitare tale diritto, sarà tenuto alla presentazione di una richiesta indirizzata al titolare del trattamento, il quale dovrà dare opportuno riscontro entro un mese dalla ricezione della domanda, pena l'eventuale inadempimento dell'obbligo di comunicazione.³⁸³

Con il fine di rimediare ad eventuali incompletezze o alla rettifica dei propri dati inesatti, interviene il diritto annunciato al successivo art. 16, il quale recita: *“L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano senza ingiustificato ritardo. Tenuto conto delle finalità del trattamento, l'interessato ha il diritto di ottenere l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa.”*

A tal proposito, il diritto di rettifica andrebbe annoverato tra le posizioni sostanziali di natura dinamica, poiché si tratta di una facoltà attribuita alla persona fisica di intervenire al fine di eliminare, completare, aggiornare e rappresentare più fedelmente i propri dati personali.³⁸⁴

Ulteriore diritto che merita espresso richiamo nella presente trattazione, è il diritto all'oblio (*right to be forgotten*).³⁸⁵

Esso trova apposita collocazione all'art. 17 del Reg., che, al primo paragrafo specifica che consiste nel diritto di ogni soggetto ad ottenere la cancellazione dei propri dati personali resi pubblici, senza ingiustificato ritardo, da parte del titolare, qualora ricorra

³⁸² Sul punto si veda, ABETI, *L'accesso ai dati personali*, in CENDON (a cura di), *Trattato dei nuovi danni, Malpractice medica, prerogative della persona, voci emergenti della responsabilità*, Padova, 2011, 217 e ss.

³⁸³ CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 338. Inoltre, la portata dell'art. 15, potrà, tuttavia, essere limitata soltanto allorquando ricorra una correlativa lesione di diritti e libertà (art. 15, par. 4, Regolamento).

³⁸⁴ Sul punto si veda, PIRAINO, *I diritti dell'interessato nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in CATERINA (a cura di), *GDPR tra novità e discontinuità, Dottrina e attualità giuridiche*, Giurisprudenza italiana, UTET, 12/2019, p. 2794, che richiama CALISAI, *I diritti dell'interessato*, cit. p. 344

³⁸⁵ Si è iniziato a discutere di diritto all'oblio a partire dalla nota sentenza della Corte di Giustizia del 2014 nel caso Google Spain (causa C-131/12) a cui si rimanda per l'analisi dei principi di diritto enunciati.

una delle seguenti condizioni: i dati non risultano più necessari alle finalità per le quali sono stati raccolti; l'interessato ha revocato il consenso prestato, il periodo di conservazione è terminato ovvero non vi sono altri legittimi motivi che giustificano la prosecuzione del trattamento; vi è stata opposizione dell'interessato al trattamento dei propri dati; i dati sono stati trattati illecitamente; la cancellazione costituisce adempimento di un obbligo giuridico; i dati sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi di una società dell'informazione ai minori.

In realtà, la dicitura del primo paragrafo nulla aggiunge rispetto alla previgente disciplina,³⁸⁶ poiché già all'interno della Direttiva Madre erano presenti specifiche disposizioni che subordinavano il diritto alla cancellazione dei dati e l'opposizione al trattamento alle condizioni riprese all'art. 17.³⁸⁷

Il vero tassello di "novità" che il legislatore europeo del 2016 aggiunge rispetto alla disciplina del 1995 è rinvenibile nel secondo paragrafo dell'art. 17, all'interno del quale è introdotta una nuova responsabilità del titolare del trattamento, che, oggi, è chiamato non solo a cancellare i dati a fronte di una legittima richiesta, ma dovrà, altresì, adottare delle *"misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali."*³⁸⁸

Si tratta di un obbligo derivante dalla necessità di "limitare" la circolazione dei dati dei quali se ne richiede la cancellazione, non in riferimento ad un singolo titolare, ma nei confronti di qualsivoglia soggetto che si ritrova a trattarli per altre finalità.³⁸⁹

Al pari dei precedenti diritti, anche in questa sede, il diritto all'oblio non è privo di limitazioni; il terzo paragrafo dell'art. 17 specifica che i primi due paragrafi non si applicano quando il trattamento risulta necessario, in via generale, per garantire l'esercizio di diritti altrui ovvero per ragioni di interesse pubblico.³⁹⁰

³⁸⁶ Sul punto si veda FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio del quadro dei diritti della personalità*, in RESTA, ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Consumatori e mercato, Roma, 2015, p. 23-24

³⁸⁷ In particolare, si rimanda agli artt. 12 e 14 della direttiva 95/46/CE

³⁸⁸ Regolamento UE 679/2016, art. 17, paragrafo 2.

³⁸⁹ Sul punto si veda BERTI SUMAN, *Il diritto alla cancellazione*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati tra libertà e regole del mercato, Commentario al regolamento UE n.679/2016 e al d.lgs. 101/2018*, Giuffrè Editore, Milano, p. 212

³⁹⁰ Il terzo paragrafo prevede infatti che: *"I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b)*

Infine, la normativa europea introduce ulteriori diritti, tra i quali meritano breve menzione, il diritto alla limitazione del trattamento, il diritto alla portabilità dei dati ed infine, il diritto di opposizione.

Il diritto alla limitazione del trattamento rientra tra quei mezzi di reazione – o anche tra i c.d. diritti dinamici³⁹¹ – che l’ordinamento giuridico attribuisce alla persona fisica contro il trattamento illecito o scorretto dei propri dati³⁹² nei soli casi tassativamente previsti all’art. 18.³⁹³

Si tratta, in realtà, di uno strumento più duttile rispetto a quello indicato all’art. 17, perché consente, in un certo qual modo, di “congelare” il trattamento dei dati al ricorrere di precise condizioni e di modificare le scelte dell’interessato in un momento successivo.

Il diritto alla portabilità dei dati, previsto all’art. 20, consiste, da un lato, nel diritto dell’interessato di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico, i dati personali che lo riguardano, e dall’altro, nel richiedere

per l'adempimento di un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria”.

³⁹¹ Sul punto si veda PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 30

³⁹² Sul punto si veda DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo: il regolamento generale 2016/479 (e le direttive sul trattamento dei dati in ambito penalistico)*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 367 ss

³⁹³ Art. 18 prevede che: “*L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la limitazione del trattamento quando ricorre una delle seguenti ipotesi: a) l'interessato contesta l'esattezza dei dati personali, per il periodo necessario al titolare del trattamento per verificare l'esattezza di tali dati personali; b) il trattamento è illecito e l'interessato si oppone alla cancellazione dei dati personali e chiede invece che ne sia limitato l'utilizzo; c) benché il titolare del trattamento non ne abbia più bisogno ai fini del trattamento, i dati personali sono necessari all'interessato per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria; d) l'interessato si è opposto al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, in attesa della verifica in merito all'eventuale prevalenza dei motivi legittimi del titolare del trattamento rispetto a quelli dell'interessato.*

Se il trattamento è limitato a norma del paragrafo 1, tali dati personali sono trattati, salvo che per la conservazione, soltanto con il consenso dell'interessato o per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria oppure per tutelare i diritti di un'altra persona fisica o giuridica o per motivi di interesse pubblico rilevante dell'Unione o di uno Stato membro.

L'interessato che ha ottenuto la limitazione del trattamento a norma del paragrafo 1 è informato dal titolare del trattamento prima che detta limitazione sia revocata”

detti dati ad un titolare al fine di trasmetterli ad altro titolare, senza alcun impedimento da parte del primo, a cui sono stati preventivamente forniti.

Al fine di esercitare tale prerogativa, è necessario che, alternativamente, il trattamento avvenga sulla base del consenso dell'interessato o sulla base dell'adempimento di obblighi contrattuali che derivino da un accordo stipulato tra il titolare e l'interessato, sempre che non vengano lesi diritti e libertà altrui.

Ancora una volta, il legislatore limita la portata di tale diritto, specificando che non si applica *“al trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento”*.³⁹⁴

Infine, e concludendo sul punto, il diritto di opposizione consiste nel diritto dell'interessato di riappropriarsi dei propri dati personali, per motivi connessi alla sua situazione particolare ed in qualsiasi momento.³⁹⁵ Il titolare del trattamento dovrà, dunque, astenersi dal trattare ulteriormente i dati oggetto di opposizione, fintantoché non saranno verificati e dimostrati la preminenza di motivi ulteriori a che il trattamento prosegua.

³⁹⁴ Regolamento UE 679/2016, art. 20, paragrafo 3

³⁹⁵ Il diritto di opposizione è disciplinato all'art. 21: *“L'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni. Il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.*

Qualora i dati personali siano trattati per finalità di marketing diretto, l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto.

Qualora l'interessato si opponga al trattamento per finalità di marketing diretto, i dati personali non sono più oggetto di trattamento per tali finalità.

Il diritto di cui ai paragrafi 1 e 2 è esplicitamente portato all'attenzione dell'interessato ed è presentato chiaramente e separatamente da qualsiasi altra informazione al più tardi al momento della prima comunicazione con l'interessato.

Nel contesto dell'utilizzo di servizi della società dell'informazione e fatta salva la direttiva 2002/58/CE, l'interessato può esercitare il proprio diritto di opposizione con mezzi automatizzati che utilizzano specifiche tecniche.

Qualora i dati personali siano trattati a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici a norma dell'articolo 89, paragrafo 1, l'interessato, per motivi connessi alla sua situazione particolare, ha il diritto di opporsi al trattamento di dati personali che lo riguardano, salvo se il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico.”

2.2. La sicurezza informatica e la valutazione dei rischi

Nell'epoca del digitale, in cui la raccolta di informazioni, dati e documenti in genere avviene mediante strumenti informatizzati, il rischio della perdita di questi, mediante attacchi informatici rivolti alle aziende, risulta sempre più frequente.

Talvolta, le aziende hanno conoscenza dell'attacco informatico e della perdita delle informazioni in un momento considerevolmente successivo all'avvenimento lesivo, tant'è vero che la riacquisizione di detti dati risulterà un'attività tutt'altro che semplice. Il legislatore europeo, nell'intento di definire strumenti e tecniche volte a tutelare e minimizzare il rischio, impone, da un lato, il raggiungimento di un dato livello di sicurezza (nel cui ambito troveranno attuazione i *principi di accountability, privacy by design e privacy by default*) e dall'altro, di dimostrare che le misure imposte per il livello di sicurezza siano fondate su una preventiva "valutazione di impatto".

In via esemplificativa, il GDPR disciplina strumenti che consentono al Titolare del trattamento di delineare i processi di trattamento del dato, di stimare, in un secondo momento, il rischio per i diritti e le libertà degli interessati, ed infine, di adottare una serie di misure organizzative e tecniche adeguate a ridurre o eliminare del tutto il rischio individuato.³⁹⁶

La sicurezza dei dati personali è disciplinata all'art. 32 del Regolamento, all'interno del quale si obbliga il titolare ed il responsabile del trattamento a porre in essere misure tecniche ed organizzative che risultino adeguate a garantire un livello di sicurezza idoneo al rischio individuato, tenendo, inoltre, in considerazione lo stato dell'arte, i costi di attuazione, la natura, l'oggetto e le finalità del trattamento, "come anche il rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche".³⁹⁷

Tra le misure tecniche che il legislatore richiede di adottare, al fine di raggiungere un livello di sicurezza adeguato, rientrano, rispetto alla precedente impostazione della direttiva 95/46, la pseudonimizzazione, la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento, la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso ai

³⁹⁶ Sul punto si veda BRECEVICH-MARTORANA, *La valutazione d'impatto*, in MARTORANA (a cura di), *GDPR e decreto legislativo 101/2018, Vademecum del professionista: obblighi, adempimenti, strumenti di tutela*, CEDAM, Milano, 2019, p. 91-92

³⁹⁷ Regolamento UE n.679/2016, art. 32, paragrafo 1.

dati in caso di incidente fisico o tecnico ed infine, una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento.

L'art. 32 prosegue al paragrafo secondo, indicando le ipotesi di “rischi” che possono maggiormente verificarsi, contemplando, dunque, la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione o l'accesso non autorizzato ai dati.³⁹⁸

L'analisi del rischio che il Regolamento impone di effettuare, ha carattere obbligatorio e generale, e di fatto, viene condotta attraverso una scomposizione di fasi: in particolare, in via preliminare, si procede mediante una valutazione qualitativa del “rischio potenziale lordo” e dunque – senza tenere in considerazione le misure di sicurezza applicate ed i controlli effettuati – si analizzano le tipologie e la quantità di dati coinvolti; successivamente, sulla base di detti dati e delle misure applicate, si procede valutando il “rischio effettivo netto” e, la riduzione del rischio risultante dal passaggio da quello lordo a quello netto, evidenzia l'efficacia delle misure di sicurezza e gli interventi ancora necessari.³⁹⁹

Diverso istituto rappresenta, invece, la valutazione d'impatto (DPIA, dall'inglese *Data Protection Impact Assessment*), prevista all'art. 35, che consiste in un processo di monitoraggio continuativo, che obbliga il titolare a svolgere, prima del trattamento, una “valutazione di impatto” ogniqualvolta questi possa comportare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone interessate o per un elevato numero di soggetti interessati di cui vengono trattati dati sensibili.⁴⁰⁰

La valutazione di impatto designa uno degli istituti di maggior rilievo all'interno della nuova disciplina europea, poiché esso rivela chiaramente il concetto di *accountability* dei titolari nei confronti dei trattamenti da questi effettuati.

Più nel dettaglio, i titolari sono obbligati non solo a garantire l'osservanza di dei principi e criteri stabiliti all'interno del Regolamento, ma anche a dimostrare la

³⁹⁸ Regolamento UE 679/2016, art. 32, paragrafo 2

³⁹⁹ Sul punto si veda CALZOLARI, *GDPR, valutazione dei rischi privacy e misure di sicurezza*, in www.agendadigitale.eu, sett. 2018

⁴⁰⁰ Definizione ricavata all'interno delle Linee-guida del Gruppo Articolo 29 in materia di valutazione di impatto sulla protezione dei dati (WP248)

modalità con cui hanno dato efficacia e piena attuazione all'obbligo loro rivolto; la valutazione di impatto ne è un esempio.⁴⁰¹

Procedendo con ordine, l'art. 35, paragrafo 1, nello stabilire che “*quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali*”, individua il soggetto a cui è rivolto l'obbligo, il titolare del trattamento, che potrà svolgere la valutazione anche cooperando con il responsabile, se nominato.⁴⁰²

Ed è proprio sulla base del DPIA che il titolare ed il responsabile dovranno dimostrare che le misure da loro adottate erano adeguate al trattamento di tali dati e che, dunque, l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile.⁴⁰³

Si badi che non è fatto obbligo per il titolare di svolgere una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati per ciascun trattamento. Al contrario, è necessario realizzare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati solo qualora la tipologia di trattamento “può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche”.

Tuttavia, si tenga presente che, anche qualora le condizioni per effettuare la valutazione di impatto non ricorrano, ugualmente l'obbligo generale imposto ai titolari di attuare misure volte a garantire la protezione dei dati, non affievolisce.

In sostanza, i titolari del trattamento devono continuamente valutare i rischi creati dalle loro attività, al fine di stabilire quando ricorra o meno “un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche”.⁴⁰⁴

Bisogna, dunque, procedere ad individuare cosa il legislatore intenda per “rischio”.

In merito, le Linee Guida del Gruppo di lavoro art. 29, stabiliscono che “un rischio è uno scenario che descrive un evento e le sue conseguenze, stimato in termini di gravità

⁴⁰¹ Considerazioni provenienti dal testo delle Linee-guida del Gruppo Articolo 29 in materia di valutazione di impatto sulla protezione dei dati (WP248), p. 4

⁴⁰² Sul punto si veda BRECEVICH-MARTORANA, *La valutazione d'impatto*, cit., p. 91

⁴⁰³ Sul punto si veda COSTANTINI, *il regolamento UE 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, cit. p. 550

⁴⁰⁴ Sulla presente questione si rinvia a quanto stabilito all'interno delle Linee-guida del Gruppo Articolo 29 in materia di valutazione di impatto sulla protezione dei dati, p. 6

e probabilità,” e ne costituiscono un esempio le discriminazioni, il furto o l’usurpazione d’identità, le perdite finanziarie, il pregiudizio alla reputazione, la perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale, la decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo.⁴⁰⁵

Inoltre, all’interno dello stesso articolo 35, paragrafo 3, il legislatore prevede una serie di “ipotesi” in cui il trattamento presenta un rischio intrinseco elevato e dunque, si pone come necessaria una valutazione d’impatto. Dunque, la DPIA è sempre richiesta quando ricorre uno dei casi ivi previsti: “[si tratta di] *una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; il trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all’articolo 9, paragrafo 1, o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all’articolo 10; [il trattamento ha ad oggetto] la sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico.*”

Tale elenco, tuttavia, non va considerato come esaustivo; possono verificarsi altre ipotesi in cui il trattamento comporta un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati e che, dunque, meritano una preventiva valutazione di impatto.⁴⁰⁶

3. I soggetti destinatari: una nuova valutazione del rischio negli enti ex d.lgs. 231/2001?

Ritornando brevemente su alcuni punti già analizzati, la tutela della privacy, in uno scenario in cui i dati che vengono collocati in rete sono istantaneamente soggetti a

⁴⁰⁵ Sul punto si rimanda al testo del Regolamento UE 679/2016, Considerando 75

⁴⁰⁶ Il paragrafo 4 dell’art. 35 prevede inoltre che: “L’autorità di controllo redige e rende pubblico un elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d’impatto sulla protezione dei dati ai sensi del paragrafo. L’autorità di controllo comunica tali elenchi al comitato di cui all’articolo 68”. All’interno delle Linee Guida, infatti, sono inseriti ulteriori criteri che stabiliscono diverse ipotesi in cui si verifica un rischio elevato, a cui si rimanda, in particolare a p. 9 ss.

circolazione e sfuggono alla controllabilità dell'individuo, non può che essere attuata mediante un'attività di prevenzione.

Quest'ultima, nello schema delineato all'interno del Regolamento del 2016, si sostanzia, approssimativamente, nell'adozione di misure volte a tutelare i dati fin dalla fase della loro progettazione nei processi aziendali (*privacy by design*) e, soprattutto, per impostazione predefinita (*privacy by default*).

Ora, in tale contesto, appare chiaro che l'attività del titolare, ancor prima di procedere al trattamento del dato, dev'essere volta ad indentificare delle “misure tecniche e organizzative adeguate”, ad adottare “politiche interne ed attuare misure che soddisfino in particolare i principi della protezione dei dati”.⁴⁰⁷

Il legislatore europeo, tuttavia, non si ferma qui. I soggetti gravati degli obblighi imposti dalla presente disciplina, dovranno, altresì, autoresponsabilizzarsi (principio dell'*accountability*) e, dunque, adottare quella serie di misure necessarie al fine di dimostrare che il trattamento “è effettuato conformemente al presente regolamento”,⁴⁰⁸tenendo anche particolare riguardo a tipologie di trattamenti che possono presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

Il livello di sicurezza, che necessita di essere raggiunto, inoltre, dev'essere adeguato al rischio, previamente analizzato, di distruzione, perdita, divulgazione non autorizzata, modifica o accesso (c.d. *data breach*); il suddetto livello risulterà, a sua volta, adeguato in prossimità di una “soglia di accettabilità”.

Si tratta in realtà di una “mappatura” volta ad identificare la vulnerabilità e fragilità del sistema di protezione dei dati, in modo da individuare il rischio a cui l'impresa è chiamata a sottostare e le modalità di protezione necessarie.

In definitiva, il legislatore europeo ha imposto alle aziende, pubbliche o private, di orientare la politica gestionale al “*risk based approach*”, e dunque, di dotarsi di misure di *compliance* idonee a prevenire il rischio di trattamenti illeciti.

In primo luogo, merita l'attenzione un particolare rilevante: l'attività d'impresa, per sua natura, è caratterizzata dal trattamento e coordinamento di un numero elevato di

⁴⁰⁷ Le espressioni tra virgolette derivano dal testo del Regolamento UE 679/2016, art. 78

⁴⁰⁸ Le espressioni tra virgolette derivano dal testo del Regolamento UE 679/2016, art. 24

dati, spesso proveniente dai propri dipendenti, e non di rado, anche da soggetti esterni, quali fornitori, agenti o clienti.⁴⁰⁹

Il regolamento, avendo conoscenza che alle imprese, grazie all'attuale tecnologia, è consentito "di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento della loro attività",⁴¹⁰ prevede una serie di obblighi in capo ai titolari del trattamento che svolgono attività imprenditoriale in forma societaria.⁴¹¹

Che il GDPR sia destinato in parte all'attività d'impresa, emerge da numerose disposizioni. In particolare, le sanzioni pecuniarie disciplinate all'art. 83 del Regolamento, comminate per le violazioni ivi previste, sono state concepite avendo a mente la persona giuridica, ed in particolare, la sua capacità patrimoniale.

La disposizione, infatti, prevede l'applicazione della pena pecuniaria fino a 10.000.000 di euro o fino al 2% del fatturato annuo o ancora, nell'ipotesi di violazioni più gravi, fino a 20.000.000 di euro o fino al 4% del fatturato annuo.⁴¹²

Qualora i destinatari della disciplina in materia di protezione di dati personali fossero le persone fisiche, non potrebbe giustificarsi la previsione di un limite edittale così elevato nel massimo, e le sanzioni risulterebbero, dunque, manifestamente sproporzionate.⁴¹³

Ulteriori norme parrebbero attestare quanto affermato in merito ai destinatari. Al Capo IV del GDPR, il legislatore europeo impone una serie di obblighi di gestione e organizzativi a cui solo le grandi imprese potrebbero dare esecuzione.

L'art. 39 del Regolamento, infatti, annovera tra i compiti del Responsabile per la protezione dei dati, designato dal Titolare e dal Responsabile del trattamento, la

⁴⁰⁹ Sul punto si veda ARAGONA, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2019, p.255

⁴¹⁰ Regolamento UE 2016/679, considerando n. 6

⁴¹¹ Il Regolamento UE 2016/679, all'art. 47 prevede, infatti, che :”l'autorità di controllo competente approva le norme vincolanti d'impresa”, in altre parole, come specificato all'interno dell'art. 4, n.20 : “le politiche in materia di protezione dei dati personali applicate da un titolare del trattamento o responsabile del trattamento stabilito nel territorio di uno Stato membro al trasferimento o al complesso di trasferimenti di dati personali a un titolare del trattamento o responsabile del trattamento in uno o più paesi terzi, nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune”.

⁴¹² Sulle ipotesi di applicabilità della sanzione pecuniaria si veda il testo integrale dell'art. 83, del Regolamento UE 2016/679

⁴¹³ Sul punto si veda D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali nel riformato quadro normativo: un primo commento al d.lgs. 10 luglio 2018, n. 101*, in *Archivio Penale*, n.1/2019, p.52

funzione di sorveglianza sull'osservanza del regolamento, di consulenza, di cooperazione, di informazione nonché di formazione del personale.⁴¹⁴

Ancora, le norme in materia di codici di condotta stabiliscono che queste sono designate al fine di dare corretta applicazione al Regolamento “in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento e delle esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese”.⁴¹⁵

In sostanza, dunque, la normativa in materia di dati personali è oggi diventata una delle “parti” più importanti della *compliance* societaria.

Dalla breve riesamina fin qui effettuata, non può non passare inosservata una lieve somiglianza con la disciplina delineata con il d.lgs. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, in particolare, nella parte in cui, la normativa si focalizza sulla prevenzione e sulla gestione e minimizzazione del rischio. Come già analizzato nel capitolo precedente, la persona giuridica è chiamata a rispondere per i reati, tassativamente previsti all'interno del decreto, commessi nel suo interesse o a suo vantaggio della persona fisica, qualora l'ente non abbia adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Lo schema così predisposto è un fattore comune ai due sistemi fin qui delineati.

Anche nell'ambito della *privacy* in realtà la *compliance* è volta (anche) a contenere il rischio reato perché le fattispecie criminose previste all'interno del d.lgs. 101/2018 non rappresentano nient'altro che la conseguenza della violazione della disciplina di settore.⁴¹⁶

Inoltre, tra i reati contemplati dal legislatore, emerge un elemento comune: le fattispecie incriminatrici prevedono la punibilità a titolo di dolo specifico di profitto, che si giustifica in quanto il dato personale, oggi, appare un bene prezioso che può essere sfruttato ai fini di lucro e, con una certa frequenza, la condotta lesiva si pone nel contesto di una politica d'impresa.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Sul punto si veda D'AGOSTINO, IBIDEM

⁴¹⁵ Regolamento UE 2016/679, art. 40, paragrafo 1

⁴¹⁶ Sul punto si veda D'AGOSTINO, *la tutela penale dei dati personali*, cit. p. 53-54

⁴¹⁷ Sul punto si veda D'AGOSTINO, IBIDEM

Rinviando all'ultimo capitolo la trattazione in merito ai reati in materia *privacy*, basti in questa sede ricordare che questi ultimi esulano dall'ambito di applicazione del d.lgs.231/2001.

Un avvicinamento tra le due discipline è stato tentato con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province”. In particolare, attraverso l'art. 9 del testo normativo sopracitato, era stato modificato l'art. 24-*bis* del d.lgs. 231/2001, includendo nel novero dei reati presupposto anche le fattispecie di cui all'art. 640-*ter* c.p. (frode informatica), l'art. 55, comma 9, del d.lgs. 231/2007, in cui si delinea la fattispecie di utilizzo indebito e falsificazione di carte di credito ed infine, gli artt. 167, 168 e 170 del precedente Codice *privacy* del 2003, che prevedevano le fattispecie di illecito trattamento di dati, falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante e l'inosservanza di provvedimenti del Garante.

L'introduzione nel d.lgs. 231/2001 dei reati *privacy* era legata alla necessità di dare attuazione a quanto richiesto all'interno della Convenzione di Budapest del 2008, che reclamava specifica tutela penale nelle ipotesi di *computer crimes* in tema aziendale. La legge di conversione 15 ottobre 2013, n. 119, tuttavia, aveva soppresso l'art. 9 nella parte in cui aveva provveduto all'introduzione degli artt. 167, 168 e 170 all'interno del d.lgs. 231/2001.⁴¹⁸

Le ragioni sottostanti tale scelta di politica criminale sono rinvenibili nella circostanza secondo cui l'introduzione dei reati *privacy* nel novero dei reati-presupposto avrebbe comportato grandi riflessi sul piano operativo per le imprese e tale impianto innovativo si presentava eccessivamente rilevante per essere effettuato tramite una decretazione d'urgenza.⁴¹⁹

Tuttavia, nessuna traccia di innovatività risulta rinvenibile nemmeno nel testo del d.lgs. 101/2018, che, anche in questa occasione, ha manifestato la volontà di sottrarre i reati *privacy* alla responsabilità amministrativa dell'ente, talché quest'ultimo continua ad essere considerato “il grande assente”.⁴²⁰

⁴¹⁸ Sul punto si veda PISTORELLI, Relazione Ufficio del Massimario Cassazione, n. III/01/2013 del 22 agosto 2013, p. 7

⁴¹⁹ Sul punto si veda ARAGONA, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., p. 256

⁴²⁰ Sul punto si veda SARZANA, *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una “gatta” legislativa frettolosa*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1572

Si sottolinei, tuttavia, che nell'attuale conformazione dell'art. 24-bis del d.lgs. 231/2001, la rubrica continua a recitare "Delitti informatici e trattamento illecito di dati" pur, comunque, omettendo al suo interno i reati *privacy*.

Sebbene sia stata seguita tale scelta di politica criminale, i *cybercrimes* inseriti all'interno della disciplina della responsabilità dell'ente, costituiscono un vero e proprio "ponte di congiunzione" tra il modello 231 e la tutela della *privacy*.

La ragione di tale affermazione è data dalla circostanza secondo cui le fattispecie di reati informatici, si pensi all'integrità dei sistemi informatici e telematici oggetto di tutela propria delle ipotesi di danneggiamento o dell'accesso abusivo ai sistemi informatici o telematici, tutelano in via indiretta anche il dato personale.⁴²¹

Conseguentemente, nella costruzione del modello organizzativo, l'ente, nel prevenire il "rischio-reato" per le ipotesi di *cybercrimes*, di riflesso, dovrà aver riguardo anche al trattamento dei dati, andando ad integrare gli adempimenti richiesti dal GDPR.

Dunque, è necessario chiedersi se si possa, a questo punto, parlare di un modello organizzativo integrato.

Senza alcun dubbio, come in parte già sottolineato, le due discipline sono orientate alla mappatura dei rischi che l'attività d'impresa può comportare: l'una, tiene in considerazione le violazioni in tema di protezione dei dati, l'altra, gli eventuali reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente.⁴²²

Tale impostazione di fondo comporta, altresì, che, qualora colposamente l'ente abbia ommesso di organizzarsi al fine di scongiurare il *data breach* o la commissione dei reati presupposto, dovrà subire l'irrogazione di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate.⁴²³

Tuttavia, se l'impresa o il titolare del trattamento abbiano predisposto un bagaglio di misure preventive efficacemente attuato, la responsabilità di questi ultimi potrà essere attenuata o addirittura esclusa. Si precisa, nondimeno, che nella disciplina del GDPR,

⁴²¹ D'ARAGONA, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., p. 257. In particolare, i casi di *data breach* previsti all' art. 4, n.12 del Regolamento, quali, in via esemplificativa, la diffusione, la perdita o l'accesso non autorizzato ai dati personali, sono condotte affini alle ipotesi di alcuni reati informatici, come le fattispecie di danneggiamento, in cui si contemplano le condotte di cancellazione, deterioramento o ancora alterazione e soppressione (artt. 365 bis e ss.).

⁴²² Sul punto si veda DI PIETRO, *La compliance integrata alla luce delle possibili confluenze tra GDPR e Legge 231: prospettive di breve, medio e lungo periodo*, in *Mondo 231*, 14/11/2019, p. 1 ss.

⁴²³ Sui punti di contatto tra le due discipline si veda COSTA, *I modelli 231 e la compliance aziendale sulla tutela dei dati personali. Aspetti comuni e divergenze a quattro anni di distanza dall'entrata in vigore del GDPR*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, p. 2 ss.

l'adozione di un modello di *compliance* efficiente è semplicemente un elemento di valutazione sulla responsabilità del titolare, che si estende o riduce a seconda del grado di colpevolezza di quest'ultimo.⁴²⁴

Al pari di quanto appena rilevato, anche la fonte di “responsabilizzazione” del GDPR e del modello 231 appaiono simili: nella disciplina preposta alla protezione dei dati personali, il principio su cui si basa la responsabilità del titolare o del responsabile è quello dell'*accountability*, mentre nell'ente quello della “colpa di organizzazione”.

Conseguentemente, gli obblighi volti a sottrarre tali soggetti alla responsabilità derivante dalla violazione dell'impianto normativo sono di “efficace organizzazione”.

Da un lato, difatti, il titolare o il responsabile del trattamento sono gravati degli obblighi previsti agli artt. 24 e 32, all'interno dei quali, il legislatore europeo impone di adottare le misure tecniche e organizzative adeguate e proporzionate ai rischi di *data breach*, tra i quali, come si è già riportato, rientrano la modifica, la perdita, l'accesso e la divulgazione non autorizzata, al fine di garantire un livello elevato di sicurezza.

Dall'altro, l'ente è tenuto ad adottare ed efficacemente attuare un modello organizzativo, volto a prevenire la commissione di illeciti e l'eventuale responsabilità nei casi di commissione dei reati-presupposto.

Ancora, sul piano organizzativo, occorre ricordare che entrambe le discipline contemplano l'adozione di “codici di condotta” che, per quanto concerne l'ente del modello 231, vengono elaborati dagli organismi rappresentativi, mentre per quanto riguarda la disciplina del GDPR, vengono attuati dal titolare del trattamento ai sensi dell'art. 40.⁴²⁵

Ulteriore punto di contatto pare rinvenibile nell'adesione alle certificazioni rilasciate da appositi organismi a ciò preposti, che comprovano, in un certo qual modo, l'efficacia del modello.⁴²⁶

Nell'impianto del Regolamento europeo, l'art. 24, consente al Responsabile del trattamento di aderire ai meccanismi di certificazione indicati all'art. 42 del medesimo testo normativo, al fine di dimostrare il rispetto degli obblighi imposti dal titolare del

⁴²⁴ Su quest'ultimo punto si veda ARAGONA, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, cit., p. 262

⁴²⁵ Sul punto si veda PAMBIANCO, *Il nuovo regolamento privacy e punti di integrazione con il modello 231*, in *Rivista 231*, 3-2016, p. 210

⁴²⁶ Sui punti di contatto tra le due discipline si veda COSTA, *I modelli 231 e la compliance aziendale sulla tutela dei dati personali*, cit., p. 4

trattamento. L'art. 42, in particolare, specifica che, a livello dell'Unione, si raccomanda l'istituzione di meccanismi di certificazione allo scopo di dimostrare la conformità al Regolamento.

Al pari del primo, anche la conformità del modello ex. d.lgs. 231 può essere certificata mediante attestazioni rilasciate da istituti quali la International Standard Organization, ma, giurisprudenza concorde, tali documenti non esonerano l'ente da un'eventuale responsabilità a suo carico.

Tuttavia, non possono non menzionarsi nella presenta analisi le differenze che si pongono nel contesto delle due discipline.⁴²⁷

In primo luogo, occorre ricordare che il contenuto del modello organizzativo delineato all'interno del d.lgs. 231/2001 è solo "minimo": le imprese, al fine di un esonero da responsabilità, non potranno basare l'impianto preventivo sui solo punti indicati all'art. 6 del testo normativo, ma dovranno provvedere ad un'adeguata integrazione del modello, sulla base di esigenze organizzative e sulle prassi comunemente accettate (ecco, dunque, anche la necessità dell'ausilio proveniente dalle certificazioni ISO).

Diversamente l'impianto di prevenzione delineato all'interno del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali appare più specifico negli obblighi da rispettare e nella struttura organizzativa minima.

In secondo luogo, la *ratio* delle due discipline appare in un punto ben distinta: in particolare, il d.lgs. 231 è volto a punire l'ente per i soli reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono una posizione "qualificata", talché l'ente non risponderà per i reati commessi da soggetti terzi per fini prettamente egoistici.

Diversamente il Regolamento europeo è volto esclusivamente alla "protezione del dato personale" e dunque sottopone a relativa responsabilità il titolare del trattamento ogniqualvolta gli sia addebitabile una violazione dei dati derivata da una inefficacia delle misure adottate, e ciò anche nell'ipotesi in cui la violazione sia stata effettuata da un terzo estraneo all'ente stesso.

⁴²⁷ Sulle differenze tra le due discipline si veda COSTA, *I modelli 231 e la compliance aziendale sulla tutela dei dati personali*, cit. p. 8

Concludendo sul punto, pur essendo numerosi i punti di contatto tra le due discipline, la ratio e l'impostazione di fondo, nonché i regimi di responsabilità, segnano un limite alla piena integrazione del nuovo modello GDPR nel modello 231/2001.

Anzitutto, *de iure condendo*, apparirebbe pienamente coerente l'integrazione nell'art. 24-bis del d.lgs. 231/2001 dei reati *privacy*, in quanto fattispecie incriminatrici di cui i beni giuridici vengono tutelati solo indirettamente. In secondo luogo, il legislatore dovrebbe intervenire al fine di evitare duplicazioni di obblighi, di redazione dei modelli, nonché duplicazione nei regimi sanzionatori e, a rigor di logica, sembrerebbe necessario un intervento che sia in grado di "snellire" l'impianto ed evitare inutili appesantimenti nella gestione dell'attività d'impresa.

Si tratterebbe di procedere ad una rivisitazione parziale delle materie, in modo da prevedere un "bagaglio di controlli" che siano sufficienti, da un lato a prevenire il rischio di commissione dei reati presupposto e dall'altro il rischio di violazione della disciplina in tema di protezione dei dati personali e dei reati *privacy*.

3.1. Brevi cenni sul ruolo dell'Organismo di Vigilanza nel modello integrato

Costituisce parte integrante del modello organizzativo minimo delineato all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 la formazione di un Organismo di Vigilanza che, in qualità di organo autonomo ed indipendente, garantisca il rispetto della normativa di settore all'interno della struttura organizzata.

In tal senso, l'Organismo di Vigilanza è chiamato a svolgere una pluralità di mansioni, tra le quali rientrano la verifica e l'aggiornamento del modello nonché l'attività di formazione e gestione dei flussi informativi, in particolar modo, della tutela delle segnalazioni (c.d. *whistleblowing*).

Nell'adempimento dei doveri imposti dalla legge, l'Organismo in questione entra in contatto con un numero pressoché illimitato di dati personali, sia concernenti soggetti interni alla struttura societaria (in via esemplificativa, i dipendenti) sia individui che instaurano con quest'ultima delle relazioni di rilievo giuridico (si pensi ai fornitori o ai collaboratori esterni).

Appare, dunque, evidente che l'Organismo di Vigilanza sia tenuto al rispetto della normativa *privacy*; tuttavia, in questa sede, è necessario indagare le vesti che questi assume nel quadro del trattamento dei dati, e se dunque, debba essere qualificato come titolare del trattamento ovvero come responsabile.⁴²⁸

Ai sensi dell'art. 4, n. 7 del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, come si è già sottolineato, il titolare del trattamento è la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica o altro organismo, che determina le finalità e modalità del trattamento dei dati e assume su di sé le responsabilità previste dalla normativa sia nei confronti dell'interessato che nei confronti dell'Autorità Garante.

Una parte della dottrina inquadra l'Organismo di Vigilanza come autonomo titolare del trattamento, poiché questi assume "autonomi poteri di iniziativa e di controllo", come del resto indicato dall'art. 6, c. 1, lett. b) del d.lgs. 231/2001; di conseguenza, anche in mancanza di un'autonoma soggettività giuridica in capo all'OdV, il possesso di un autonomo potere decisionale anche sui dati utilizzati, appare sufficiente per affermare l'esistenza di tale qualifica.⁴²⁹

In merito, tuttavia, il Garante *privacy* ha, da ultimo, espresso il suo parere sulla qualificazione giuridica dell'OdV come titolare del trattamento, specificando che "si ritiene che l'OdV, pur essendo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, non possa essere considerato autonomo titolare del trattamento, considerato che i compiti di iniziativa e controllo propri dell'OdV non sono determinati dall'organismo stesso, bensì dalla legge che ne indica i compiti e dall'organo dirigente che, nel modello di organizzazione e gestione, definisce gli aspetti relativi al funzionamento compresa l'attribuzione delle risorse, i mezzi e le misure di sicurezza".⁴³⁰

Inoltre, l'autonomia dell'Organismo in questione è una caratteristica rivolta alle sue funzioni di vigilanza e non, come si sostiene, nella determinazione delle finalità e modalità con cui dev'essere svolto il trattamento dei dati.⁴³¹

⁴²⁸ Sul punto si veda PERINU, *La privacy e la vigilanza sul modello 231*. Quale ruolo per l'Organismo di Vigilanza?, in AODV 231, 2015, p. 1

⁴²⁹ Sul punto si veda IMPERIALI, *whistleblowing e privacy: come trattare i dati "soffiati"*, in www.aodv231.it, 2011, p. 2

⁴³⁰ Testo ripreso dal parere sulla qualifica soggettiva ai fini *privacy* degli Organismi di Vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali del 12/05/2020, consultabile su www.garanteprivacy.it

⁴³¹ Sul punto si rimanda al testo integrale del paper "sulla qualificazione giuridica dell'OdV" dell'Associazione dei componenti degli Organismi di Vigilanza e del d.lgs. 231/2001, consultabile sul sito www.aodv.it, del 21/03/2019, p.11

La tesi che individua in capo all'Organismo di Vigilanza la natura giuridica di responsabile del trattamento, viene sostenuta da altra parte della dottrina, che, diversamente, annovera tra i difetti per la qualificazione di titolare, l'assenza dei poteri decisionali in merito alla determinazione delle finalità del trattamento, che vengono preindicate all'interno dello stesso modello.⁴³²

Sul punto è intervenuta l'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza e del d.lgs. 231/2001 che, dissociandosi dalle due precedenti teorie dottrinali, ha sostenuto la non inquadrabile posizione dell'Organismo di Vigilanza né nell'una né nell'altra funzione.

In particolare, l'Associazione ha ritenuto che, l'Organismo di Vigilanza non può assumere le vesti di responsabile del Trattamento, poiché la nomina di quest'ultimo dipende da una volontà di esternalizzazione del titolare, che può decidere sia di trattare il dato in piena autonomia, sia di affidare tale trattamento ad altro soggetto esterno. Lo stesso art. 28, comma 3 del GDPR specifica che il rapporto tra il titolare ed il responsabile sorge in virtù di un contratto o altro atto giuridico vincolante.⁴³³

Diversamente, l'Organismo di Vigilanza è un organismo istituzionalmente interno alla struttura societaria ed appartiene, dunque, all'ente, tanto che il suo ruolo non può essere "esternalizzato" ad altro soggetto.⁴³⁴

In sostanza, sostenuto, dunque, che l'OdV debba essere esonerato dall'inquadramento nell'una o nell'altra funzione, l'Associazione ha ribadito che, preso atto dell'obbligatorietà della normativa *privacy*, l'Organismo in esame resterà "assorbito da quell'Ente/società vigilata della quale, appunto, è parte" e ciò non esclude che possa ricevere apposite prescrizioni da parte del Titolare per il rispetto delle misure tecniche e organizzative adeguate a garantire la conformità del trattamento alla disciplina *privacy*.⁴³⁵

In altre parole, si ritiene che l'Organismo di Vigilanza debba essere considerato "parte dell'ente", e il suo ruolo – che consiste nell'adempimento degli obblighi previsti dalla

⁴³² Sul punto si veda BARBAROSSA, *Il ruolo privacy dell'organismo di vigilanza: una soluzione poco conveniente*, www.riskcompliance.it, articolo 05/2019

⁴³³ Sul punto si rimanda al testo integrale del paper "sulla qualificazione giuridica dell'OdV", cit., p. 17

⁴³⁴ Sul punto si veda SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p.92

⁴³⁵ Sul punto si rimanda al testo integrale del paper "sulla qualificazione giuridica dell'OdV", cit., p. 18-19

legge – si svolge nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, titolare del trattamento, che, attraverso la predisposizione dei modelli di organizzazione e di gestione, definisce il perimetro e le modalità di esercizio di tali compiti.

Tuttavia, a prescindere dalle funzioni svolte dall'Organismo in esame in qualità di organo collegiale, si deve sottolineare anche la necessità di chiarire gli obblighi in tema di protezione dei dati personali, che debbano essere rispettati dai singoli membri.

Lo stesso ente sarà chiamato a designare – nell'ambito delle misure tecniche e organizzative da porre in essere in linea con il principio di *accountability* – i singoli membri dell'OdV quali soggetti autorizzati (artt. 4, n. 10, 29, 32 par. 4 Regolamento; v. anche art. 2-*quaterdecies* del Codice). Tali soggetti, in relazione al trattamento dei dati degli interessati, dovranno adempiere alle istruzioni che vengono loro impartite dal titolare del trattamento, affinché, in definitiva, esso avvenga nel rispetto delle disposizioni del Regolamento.

4. La protezione dei dati nelle P.A.: il bilanciamento tra la trasparenza amministrativa e il diritto alla riservatezza

La riforma attuata mediante il Regolamento europeo 679/2016, seguita, sul piano dell'ordinamento interno, dal d.lgs. 101/2018, ha imposto penetranti obblighi di organizzazione nei confronti dei soggetti pubblici e privati.

Il regolamento europeo, infatti, con lo scopo di parificare le posizioni soggettive dei titolari del trattamento, ha scelto di utilizzare lo stesso impianto normativo tanto per il settore pubblico che per quello privato, limitandosi, talvolta, a prevedere cautele ulteriori per le pubbliche amministrazioni.⁴³⁶

L'art. 2-*ter* del d.lgs. n. 196 del 2003, introdotto dal d.lgs. 101/2018 dispone al comma 1 che la base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri “è

⁴³⁶ Sul punto si veda PALAZZOLO, *Dati personali nella PA, compliance e accountability*, in ius in itinere, 2019, p. 1 ss.

costituita esclusivamente da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento”.

Che i soggetti pubblici siano ammessi all'alveo dei destinatari della rivoluzionaria disciplina, seppur comunque nel rispetto della riserva di legge, appare una scelta pienamente condivisibile.

Le Pubbliche Amministrazioni, difatti, hanno subito un mutamento di forma grazie all'evoluzione tecnologica, da “soggetti autoritativi cartacei” a “soggetti partecipativi digitali”⁴³⁷, attraverso la predisposizione di un bagaglio di strumenti che consente al cittadino di partecipare più attivamente alla *res publica*.

Di conseguenza, le Pubbliche Amministrazioni, attraverso tali strumenti digitali, pongono al cospetto dei cittadini, dati conoscibili e utilizzabili che, con certa frequenza, diventano bersaglio di attacchi informatici.

La disciplina normativa ha, dunque, imposto ai soggetti pubblici di “riordinare” l'apparato burocratico, prevedendo l'adozione di numerose cautele in grado di garantire la protezione dei dati personali, che comprendono, in aggiunta a quelle già esaminate, ulteriori obblighi organizzativi.

L'art. 37, in particolare, dispone la nomina obbligatoria del Responsabile della protezione dei dati – anche definito *Data Protection Officer* (DPO) – ogni qualvolta il trattamento viene effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico.

Si tratta di un'ulteriore figura, facoltativa per gli enti privati, chiamata ad affiancare il Titolare ed il Responsabile del Trattamento, a cui sono conferiti numerosi compiti, tra i quali informare e fornire consulenza, sorvegliare sull'attuazione del Regolamento e fungere da “punto di contatto” con l'esterno su questioni attinenti alla materia in esame.

Sebbene il Regolamento e il successivo decreto legislativo nulla specificano a riguardo, sembra potersi ammettere che la carica in questione debba essere ricoperta da un giurista. In tal senso, difatti, il paragrafo 5 dell'art. 37 sottolinea che “*Il responsabile della protezione dei dati è designato in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle*

⁴³⁷ Sul punto si veda LORÈ, *Il trattamento dei dati personali nella pubblica amministrazione tra Open data, Big data e privacy*, in *Ratio Iuris*, 2019, p. 12

prassi in materia di protezione dei dati, e della capacità di assolvere i compiti di cui all'articolo 39.”⁴³⁸

La peculiarità del DPO, tuttavia, è consacrata *tout court* dalla modalità di azione e dal regime di responsabilità. In tal senso, dunque, il Regolamento attribuisce alla funzione in esame la piena autonomia delle risorse, l’accesso ai dati oggetto del trattamento e l’indipendenza nello svolgimento delle proprie funzioni. Di conseguenza, questi non può ricevere alcuna indicazione da parte degli altri soggetti, né tantomeno può essere rimosso o penalizzato per l’adempimento dei propri compiti.

In sostanza, sotto il profilo organizzativo, il Regolamento ha imposto l’istituzione di un nuovo ufficio, che essendo sottratto alle influenze degli altri organi, è in grado di “assicurare”, nel perimetro della sua neutralità ed autonomia, il rispetto delle norme in materia.⁴³⁹

Al pari dei soggetti privati, le Pubbliche Amministrazioni sono, poi, chiamate ad eseguire una valutazione di impatto sul trattamento dei dati (DPIA) e a rispettare i principi di *privacy by design* e *privacy by default*, mediante l’adozione di un “modello organizzativo” volto a prevenire le ipotesi di *data breach*.

A ciò si deve aggiungere, inoltre, l’obbligatoria adozione del Registro del Trattamento, anche ai fini di rendicontazione delle attività compiute, che consente di effettuare un vero e proprio monitoraggio dei trattamenti, in modo da raccogliere le informazioni, da un lato, utili per la vigilanza dell’Autorità preposta (il Garante per la protezione dei dati personali) e dall’altro, per migliorare le strategie di trattamento.⁴⁴⁰

Come in precedenza rilevato, lo strumento attraverso il quale le Pubbliche Amministrazioni orientano gli enti pubblici al rispetto della legalità è rappresentato dal Piano Nazionale Anticorruzione e, a livello locale, dai Piani Triennale della prevenzione della corruzione e trasparenza.

In tal senso, gli atti di indirizzo testé richiamati, contengono apposite sezioni orientate al coordinamento tra il diritto alla *privacy* nella sua più moderna accezione –

⁴³⁸ Sul punto si veda RICCIO, *Data protection officer e altre figure*, in SICA, D’ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Milano, 2016, p. 52

⁴³⁹ Sulla figura del “DPO” si veda FIORENTINO, *Il trattamento dei dati personali: l’impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2018, p. 693

⁴⁴⁰ Sul punto si veda FIORENTINO, *il trattamento dei dati personali*, cit. p. 695

comprensivo, dunque, degli obblighi previsti dal Regolamento del 2016 – e il principio di trasparenza amministrativa.

Preliminarmente, è agevole ricordare che il principio di trasparenza amministrativa figura tra i criteri a cui l'attività amministrativa dev'essere orientata. L'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, difatti, prevede che “*l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza*” e contempla, agli artt. 22 e seguenti, l'istituto dell'accesso agli atti del procedimento, grazie al quale gli “interessati” hanno diritto di visionare ed estrarre copia dei documenti amministrativi, anche qualora essi contengano dati relativi a soggetti terzi (c.d. controinteressati).⁴⁴¹

All'inedito principio di trasparenza formulato nella legge del 1990, hanno fatto seguito, dapprima, l'introduzione dell'accesso civico di portata generale, mediante il d.lgs. 33/2013 (decreto trasparenza) frutto del “pacchetto anticorruzione”, a sua volta, avviato con la L. 190/2012, e da ultimo, l'istituto dell'accesso civico generalizzato, disciplinato dal d.lgs. n.97/2016.

Il primo tra i due interventi normativi consente al cittadino di richiedere alle pubbliche amministrazioni la pubblicazione di documenti, informazioni o dati, che quest'ultima abbia omesso di pubblicare ed è il risultato di quella politica anticorruzione e di prevenzione della *maladministration*, che come si è detto, ha avuto “inizio” nell'ordinamento italiano con la riforma Severino.

L'istituto dell'accesso civico generalizzato, apertamente ispirato al modello anglosassone del *freedom of information act* (FOIA), viceversa, raffigura la massima estensione del principio di trasparenza amministrativa, dal momento che consente a chiunque di accedere a tutti i documenti, le informazioni o i dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, seppur comunque, nel rispetto di alcuni limiti legali.⁴⁴²

⁴⁴¹ Sul punto si veda D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'ordine segreto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2019, p. 9

⁴⁴² Sul punto si veda FILOSA, *È possibile un bilanciamento tra trasparenza amministrativa e privacy?*, in *Privacy.it*, p. 2

Non appaiono, dunque, prive di fondamento, quelle preoccupazioni espresse dalla dottrina in merito al complesso e faticoso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla *privacy*.⁴⁴³

Si tratta, in realtà, di una perenne convivenza tra due sistemi normativi, dotati di autonome ed opposte esigenze, di forme di responsabilità proprie, meccanismi di organizzazione, analisi dei rischi, regole di condotta e autorità di settore e, tuttavia, chiamati, in un certo qual modo, ad allinearsi e a raggiungere un “equilibrio necessario”, in ragione del valore di rango costituzionale⁴⁴⁴ che assumono nell’ordinamento giuridico.⁴⁴⁵

In tal senso, il diritto alla riservatezza da un lato, e il diritto alla conoscibilità, dall’altro, sono valori di rango costituzionale che inevitabilmente vengono letti in netta contrapposizione tra loro.

La protezione dei dati personali impone, da un lato, all’ordinamento di limitare che la circolazione senza freni delle informazioni comporti la privazione della dignità e dei diritti facenti capo ad ogni individuo e la trasparenza, dal lato opposto, in qualità di corollario dei principi di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, impone un diritto alla piena conoscibilità, dal momento che quest’ultimo consente di “concretizzare” a sua volta il diritto alla piena partecipazione politica e sociale degli individui.⁴⁴⁶

La questione che, in questa sede, merita, dunque, una specifica, seppur non esaustiva, trattazione è le modalità con cui dev’essere condotto il bilanciamento tra le due opposte esigenze, dimodoché l’una venga lecitamente sacrificata al cospetto dell’altra.

⁴⁴³ Sul complesso bilanciamento si veda CARLONI-FALCONE, *L’equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, il Mulino Riviste web, 3/2017, p. 723 ss.; CALIFANO, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in CALIFANO-COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoria Scientifica, 2014, p. 35 ss.

⁴⁴⁴ Sul fondamento costituzionale del principio di trasparenza si veda BARILE, *Democrazia e segreti*, in Quod, cost., 1987, p. 29 e ss.; in particolare, è stato più volte affermato lo stretto rapporto esistente tra la trasparenza e la democrazia. Sul punto si veda SALERNO, *il nomos dell’invisibile*, in RIMOLI-SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere*, Roma, Carocci, 2006, p. 147 e ss.

⁴⁴⁵ Sul punto si veda CARLONI-FALCONE, *l’equilibrio necessario*, cit. p. 726 e ss.

⁴⁴⁶ Sul punto si veda CARLONI-FALCONE, *l’equilibrio necessario*, cit. p. 733 e 734

Il rapporto tra il diritto alla protezione dei dati personali e l'accesso agli atti del procedimento, disciplinato, come si è anticipato, dalla L. n. 241/1990, è regolato dagli artt. 59⁴⁴⁷ e 60⁴⁴⁸ del Codice privacy, così come emendato dal d.lgs.101/2018.

In via approssimativa, dalla lettura delle due disposizioni emerge che il legislatore abbia preferito far prevalere la disciplina dell'accesso sulla protezione dei dati generali, seppur, comunque, prevedendo un meccanismo di bilanciamento più dettagliato nelle ipotesi in cui gli atti, oggetto della richiesta di accesso, contengano informazioni riguardanti la salute, la vita o l'orientamento sessuale.

A sua volta, la lett. g), comma 2, dell'art. 9 del Regolamento europeo stabilisce che è consentito trattare dati particolari nell'ipotesi in cui *“il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.”*

In sostanza, dunque, il bilanciamento va effettuato in concreto: qualora la richiesta di accesso contenga un diritto di pari rango, il legislatore consente di far prevalere quest'ultimo rispetto alla protezione del dato personale.⁴⁴⁹

Uguale risultato, ma sulla base di diverse ragioni, consegue nel bilanciamento tra la protezione dei dati personali e l'accesso civico semplice, introdotto dal d.lgs. 33/2013. L'istituto in esame, difatti, presenta una peculiarità rispetto alle altre due ipotesi oggetto della presente analisi: l'accesso civico semplice rappresenta un “mero contraltare” dell'obbligo di pubblicazione, poiché permette al cittadino di richiedere

⁴⁴⁷ Art. 59 del d.lgs. 196/2003 prevede che *“Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. 1-bis. I presupposti, le modalità e i limiti per l'esercizio del diritto di accesso civico restano disciplinati dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.”*

⁴⁴⁸ Art. 60 del d.lgs. 196/2003 prevede che: *“Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale”.*

⁴⁴⁹ Sul punto si veda D'ALTERIO, *protezione dei dati personali e accesso amministrativo*, cit. p. 15 e ss.

la pubblicazione di un documento che, per espressa imposizione di legge, doveva essere reso già conoscibile mediante i siti istituzionali.⁴⁵⁰

In tal caso, dunque, in presenza di una legittima richiesta di accesso, la pubblica amministrazione non è chiamata ad effettuare alcuna valutazione: dovrà, a rigor di logica, soltanto verificare che l'atto richiesto rientri nell'obbligo di pubblicazione previsto all'interno del decreto.⁴⁵¹

Tuttavia, qualora l'atto da rendere conoscibile, rientri tra le ipotesi di "pubblicazione facoltativa", le Pubbliche Amministrazioni, ai sensi del comma 3 dell'art. 7-bis, devono garantire l'anonimizzazione dei dati personali, obbligo, per giunta, imposto anche nel caso in cui, pur sussistendo un dovere di pubblicazione, il dato personale risulti non pertinente rispetto alle finalità di trasparenza.⁴⁵²

Nell'analisi sul bilanciamento tra la protezione dei dati personali e l'accesso civico generalizzato, bisognerà, diversamente, ritenere prevalente il primo rispetto al secondo. Le ragioni che conducono a tale sopravvento risiedono nella stessa natura dell'istituto giuridico, introdotto con il d.lgs. n.97/2016.

Più nel dettaglio, l'accesso civico generalizzato incorpora al suo interno, il diritto di chiunque a conoscere qualsivoglia informazione, mediante il libero accesso ai documenti e ai dati detenuti dalle amministrazioni pubbliche, anche in assenza di una motivazione, al fine di favorire forme di controllo sulle istituzioni pubbliche.

A seguito della genericità dell'istituto in esame, l'ANAC d'intesa con il Garante privacy è intervenuta mediante lo strumento delle Linee Guida al fine di meglio definire i limiti e le esclusioni dell'accesso civico generalizzato.

Previamente, è necessario sottolineare che l'art. 5-bis, comma 2 del d.lgs. 33 /2013, modificato dal d.lgs. n.97/2016, prevede che la richiesta di accesso merita di essere rifiutata allorché il suo accoglimento può arrecare un pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali. In sostanza, il limite in esame, non opera *sic et simpliciter*, ma le amministrazioni dovranno procedere ad una valutazione in concreto sul potenziale pregiudizio.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Sul punto si veda Cons. Stato, par. n. 346/2016, 50.

⁴⁵¹ Sul punto si veda D'ALTERIO, *protezione dei dati personali e accesso amministrativo*, cit. p. 17

⁴⁵² Sul punto si veda D'ALTERIO, *IBIDEM*

⁴⁵³ Sul punto si veda SAVINO, *Il FOIA italiano, la fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016, p. 593 ss.

In tal senso, le Linee Guida sopraindicate specificano che il pregiudizio dev'essere concreto nel senso che deve sussistere un certo nesso di causalità tra il danno e l'accesso al documento amministrativo, in altre parole, agendo mediante un giudizio prognostico, che conduca ad un'alta probabilità del danno come effetto del predetto accesso.⁴⁵⁴

Giunge alle medesime conclusioni anche la Corte Costituzionale che, avendo previamente riconosciuto alla privacy e alla trasparenza rilievo costituzionale, ha specificato che il bilanciamento tra i due interessi contrapposti dev'essere effettuato mediante un "test" di proporzionalità che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi."⁴⁵⁵

Il Piano Nazionale Anticorruzione, adottato con delibera del 13 novembre 2019, prevede a sua volta che "le pubbliche amministrazioni, prima di mettere a disposizione sui propri siti web istituzionali dati e documenti (in forma integrale o per estratto, ivi compresi gli allegati) contenenti dati personali, verificano che la disciplina in materia di trasparenza contenuta nel d.lgs. 33/2013 o in altre normative, anche di settore, preveda l'obbligo di pubblicazione"⁴⁵⁶.

Inoltre, specifica che "l'attività di pubblicazione dei dati sui siti web per finalità di trasparenza, anche se effettuata in presenza di idoneo presupposto normativo, deve avvenire nel rispetto di tutti i principi applicabili al trattamento dei dati personali contenuti all'art. 5 del Regolamento (UE) 2016/679"⁴⁵⁷, imponendo, dunque, anche in questo caso, un attento bilanciamento tra gli interessi contrapposti, che dev'essere effettuato anche con l'ausilio della nuova figura del Responsabile per la protezione dei dati.

Apposita sezione all'interno del PNA, infine, è dedicata proprio ai rapporti tra il Responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza e il Responsabile per la protezione dei dati.

⁴⁵⁴ Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013, p. 11

⁴⁵⁵ Cort. Cost. sent. N.20/2019, p. 9

⁴⁵⁶ Testo ripreso dal Piano Nazionale Anticorruzione, delibera del 13 novembre 2019, p. 81

⁴⁵⁷ PNA, IBIDEM

Nella prassi, difatti, all'interno delle amministrazioni si era verificata una piena coincidenza in capo alla medesima persona delle due funzioni, in ragione dei peculiari compiti a queste ultime affidati: sia per quanto concerne l'uno che l'altro, l'attività principale consiste in un'analisi del rischio.

Tuttavia, nel delineare la figura del DPO, il Regolamento europeo specifica all'art. 38 che il Titolare ed il Responsabile del trattamento assicurano che il Responsabile per la protezione dei dati, nello svolgimento delle proprie mansioni, non si trovi in conflitto di interessi, situazione del tutto prospettabile nell'ipotesi in cui questi svolga sia le funzioni espressamente attribuitegli sia le funzioni proprie del Responsabile per la prevenzione della corruzione.

Ad avvalorare la tesi secondo cui le due cariche non possono coincidere in capo alla medesima persona, contribuisce l'ulteriore vincolo di effettività nello svolgimento dei due compiti; difatti, il Responsabile per la prevenzione della corruzione ed il DPO sono destinatari di una molteplicità di adempimenti che, qualora dovessero essere svolti dalla medesima persona, rischierebbero di essere vanificati oppure di essere ultimati sommariamente.

In tal senso, l'Autorità nazionale Anticorruzione ha chiarito all'interno del Piano Nazionale del 2019 che per quanto possibile le due funzioni devono essere attribuite in capo a soggetti diversi, poiché la sovrapposizione dei due ruoli può incidere negativamente sull'effettività delle attività loro riconducibili, tenuto conto, soprattutto, del carico di compiti e responsabilità che la normativa attuale attribuisce al DPO e al RPCT.⁴⁵⁸

Per contro, l'Autorità acconsente a prevedere eventuali eccezioni solo con riguardo agli enti di piccole dimensioni, “qualora la carenza di personale renda, da un punto di vista organizzativo, non possibile tenere distinte le due funzioni. In tali casi, le amministrazioni e gli enti, con motivata e specifica determinazione, possono attribuire allo stesso soggetto il ruolo di RPCT e RPD”.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Sul punto si veda il PNA 2019, p. 98

⁴⁵⁹ Testo rinvenibile nel PNA 2019, p. 98. Il medesimo orientamento è stato espresso dal Garante per la protezione dei dati personali nella FAQ n. 7 relativa al RPD in ambito pubblico, laddove ha chiarito che “In linea di principio, è quindi ragionevole che negli enti pubblici di grandi dimensioni, con trattamenti di dati personali di particolare complessità e sensibilità, non vengano assegnate al RPD ulteriori responsabilità (si pensi, ad esempio, alle amministrazioni centrali, alle agenzie, agli istituti previdenziali, nonché alle regioni e alle asl). In tale quadro, ad esempio, avuto riguardo, caso per caso,

CAPITOLO IV

L'APPARATO SANZIONATORIO NELL'IPOTESI DI DATA BREACH: TRA IL RICORSO ALLA SANZIONE AMMINISTRATIVA O PENALE E LE ZONE D'OMBRA

SOMMARIO: 1. Il Data Breach: la violazione del trattamento dei dati e le misure di intervento – 1.1. I mezzi di ricorso e le sanzioni amministrative – 2. I nuovi reati nel sistema sanzionatorio penale: la riformulazione dell'art. 167 – 2.1. L'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici: analisi degli artt. 167-*bis* e 167-*ter* – 2.2. Le ulteriori fattispecie incriminatrici: gli artt. 168, 170 e 171 del Codice Privacy – 3. Il duplice schema punitivo: l'applicabilità delle sanzioni amministrative e penali e la possibile violazione del divieto di *bis in idem*

1. Il Data Breach: la violazione del trattamento dei dati e le misure di intervento

Si sta assistendo negli ultimi anni ad una crescita esponenziale del fenomeno di attacchi informatici, sia nell'ambito nazionale che transfrontaliero, rivolti in misura sempre più frequente, a settori di particolare rilevanza e sensibilità, come, in via esemplificativa, l'ambito governativo, in cui rientrano ampiamente il settore militare e dell'*intelligence*, o ancora, l'ambito concernente i servizi di *banking/finance*.⁴⁶⁰

Gli attacchi informatici hanno perduto la loro originale natura di isolata manifestazione di criminalità proveniente da “gruppetti effimeri” o semplici “artigiani del *cybercrimes*”⁴⁶¹: nel contesto odierno, è corretto parlare di radicate organizzazioni criminali, spesso transnazionali, che agiscono senza limiti di tempo e spazio e che operano in un campo di battaglia su larga scala, all'interno del quale qualsiasi dato, personale o meno, si trova a rischio.

alla specifica struttura organizzativa, alla dimensione e alle attività del singolo titolare o responsabile, l'attribuzione delle funzioni di RPD al responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, considerata la molteplicità degli adempimenti che incombono su tale figura, potrebbe rischiare di creare un cumulo di impegni tali da incidere negativamente sull'effettività dello svolgimento dei compiti che il RGPD attribuisce al RPD”.

⁴⁶⁰ I settori più colpiti da attacchi informatici generalmente subiscono mutamenti in anno in anno. Il resoconto per l'anno 2020 è consultabile al sito www.clusit.it, stilato dall'associazione italiana per la sicurezza informatica.

⁴⁶¹ I termini tra virgolette provengono dal resoconto clusit.

Mettendo da parte i danni che vengono provocati fisicamente ai singoli calcolatori, o alle conseguenze legate alla gestione dell'attacco subito (malfunzionamento ed interruzione del servizio), si verificano più frequentemente casi di furti di identità o perdita parziale o totale dei dati, che mettono largamente in pericolo le informazioni societarie e i dati personali dei clienti, fornitori, o degli stessi dipendenti.⁴⁶²

Tuttavia, dalla scoperta dell'incidente alla risoluzione del problema possono trascorrere tempi particolarmente lunghi: il titolare del trattamento, in via esemplificativa, potrebbe offrire una comunicazione tardiva dell'avvenuta violazione del dato agli interessati, che dunque, sarebbero, di fatto, esposti permanentemente al trattamento illecito dei propri dati personali.⁴⁶³

Appare, dunque, chiaro che, in un contesto in cui il dato è pressoché esposto quotidianamente al rischio, la strada perseguibile, al fine di eludere tali avvenimenti, è strettamente correlata all'adeguatezza del livello di sicurezza.

Il Regolamento UE 679/2016 prende atto della generale pericolosità del fenomeno in esame e punta, da un lato, a incentivare l'adozione di strumenti preventivi adeguati ed efficaci e dall'altro, ad intervenire tempestivamente per rimuovere gli effetti pregiudizievoli.

Dal momento del consenso, difatti, la gestione del rischio a cui è soggetto il dato, è demandata non all'interessato, ma al titolare, che in virtù del principio dell'*accountability*, è chiamato a pianificare ed adottare *ex ante* una pluralità di misure tecniche ed organizzative, che mettano in "sicurezza" i dati da trattare, valutando gli strumenti adeguati caso per caso e tenendo conto "dello stato dell'arte", dei "costi di attuazione" e della "natura, oggetto e finalità del trattamento".⁴⁶⁴

⁴⁶² Sul punto si veda GIOVANNANGELI, *la violazione dei dati o data breach*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati tra libertà e regole del mercato*, Commentario al regolamento UE n.679/2016 e al d.lgs. 101/2018, Giuffrè Editore, Milano, 2019, p 389

⁴⁶³ Sul punto si veda GIOVANNANGELI, *La violazione dei dati o data breach*, cit., p. 390

⁴⁶⁴ L'art. 32 del Regolamento UE 679/2016 recita "*Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso: a) la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; c) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; d) una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento. Nel valutare*

Nell'architettura del testo normativo, il ventaglio di misure preventive sulla gestione del rischio e sulla "messa in sicurezza" è affiancato ed integrato da obblighi a carattere "eventuale" ovvero doveri nascenti solo successivamente alla violazione dei dati personali.

Preliminarmente è agevole chiarire che il legislatore europeo definisce il *data breach* come "la violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati".⁴⁶⁵

Si tratta, dunque, di ipotesi sia di illecito conseguimento del dato personale, come ad esempio nell'ipotesi di attacco informatico, sia di violazione di sicurezza solo "accidentale". Tali accadimenti, di conseguenza, fanno sorgere una responsabilità del titolare, salvo comunque dimostrare di aver adottato tutte le misure necessarie e che l'evento dannoso non sia a lui imputabile.

Tale definizione va coordinata con quanto imposto dall'art. 5 paragrafo 1 lett. f del medesimo testo normativo, ove il legislatore europeo sottolinea che i dati devono essere "trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza [...] compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali."

In sostanza, le ipotesi di *data breach* corrisponderanno, dunque, al mancato rispetto da parte del titolare del trattamento dei principi generali che indirizzano l'attività di trattamento dei dati personali.⁴⁶⁶

Gli artt. 33 e 34 del Regolamento impongono parallelamente la notifica del *data breach* all'autorità nazionale di controllo e l'obbligo di comunicazione della violazione all'interessato.

l'adeguato livello di sicurezza, si tiene conto in special modo dei rischi presentati dal trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati. L'adesione a un codice di condotta approvato di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione approvato di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento fanno sì che chiunque agisca sotto la loro autorità e abbia accesso a dati personali non tratti tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri."

⁴⁶⁵ Regolamento UE 679/2016, art. 4, n.12

⁴⁶⁶ Sul punto si veda GIOVANNANGELI, *La violazione dei dati o data breach*, cit., p.407

L'art. 33 del GDPR rende obbligatoria per il titolare del trattamento la notifica dell'avvenuta violazione dei dati personali all'autorità di controllo competente in ogni Stato Membro – in Italia, il Garante Privacy – senza ingiustificato ritardo, ovvero entro 72 ore dal momento in cui ne ha avuto conoscenza, a meno che “*sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche*”.⁴⁶⁷

E il medesimo compito incombe, seppur con qualche aggiustamento, al responsabile del trattamento che, qualora nominato, è incaricato di comunicare senza ritardo la violazione dei dati personali di cui ha avuto conoscenza. Si badi, tuttavia, che l'obbligo in capo al responsabile non prevede la notificazione diretta all'autorità di controllo, ma allo stesso titolare, che dunque, sarà comunque tenuto a procedere in base a quanto prescritto dall'art. 33.

L'art. 29 *Data Protection Working Party* ha adottato le *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679* (d'ora in avanti *Linee Guida*)⁴⁶⁸ attraverso cui ha fornito numerose indicazioni per l'interpretazione delle disposizioni della nuova normativa.

In primo luogo, il Gruppo di lavoro ha sottolineato i vantaggi del nuovo obbligo di notifica, ritenendo che, da un lato, all'atto di comunicazione all'autorità di controllo, il titolare del trattamento può ottenere un parere circa l'opportunità di comunicare l'avvenuto *data breach* anche agli interessati, e dall'altro, la notifica rivolta, altresì, alle persone interessate, consente al titolare di “suggerire” le opportune contromisure necessarie a proteggersi da ulteriori conseguenze pregiudizievoli.

Si tratta, dunque, di un meccanismo volto sia a rafforzare il ruolo dell'autorità di controllo, sia a garantire l'adempimento di un ulteriore obbligo di informativa che il titolare è chiamato a fornire all'autorità e alla persona fisica, cosicché il mancato rispetto dell'obbligo di segnalazione comporterà l'irrogazione delle sanzioni previste all'art. 83.

In secondo luogo, le *Linee Guida* pongono in risalto l'essenza della nuova disciplina, incarnata in quell'obbligo di responsabilizzazione, che impone a sua volta un'efficace organizzazione del titolare e del responsabile del trattamento. Viene specificato,

⁴⁶⁷ Regolamento UE 679/2016, art. 33, par. 1

⁴⁶⁸ *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679* aggiornate al 20/08/18 sono consultabili anche nella versione italiana sul sito www.ec.europa.eu

difatti, che tali figure sono chiamate a predisporre processi di valutazione sui rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche, al fine di comprendere se, accanto alla notifica al Garante, sia di fatto necessaria la successiva notifica a queste ultime.⁴⁶⁹

Il Working Party 29, già nel precedente parere n.3/2014, aveva distinto tre differenti ipotesi di *data breach*, delineando il *confidentiality breach*, o, in altre parole, l'ipotesi in cui si manifesta un accesso accidentale o abusivo dei dati personali, l'*availability breach*, quando si verifica una perdita o distruzione accidentale o non autorizzata ai dati ed, infine, l'*integrity breach*, nei casi in cui si determina un'alterazione accidentale o non autorizzata.⁴⁷⁰

A tal proposito, le più recenti Linee Guida hanno fornito alcuni esempi pratici delle ipotesi di *data breach*⁴⁷¹. In particolare, ponendo l'attenzione sull'ipotesi di *availability breach*, è stato chiarito che si configura violazione della disponibilità allorché si determina una perdita accidentale dei dati ovvero una perdita della chiave di decifratura, se si tratta di dati crittografati.

Tuttavia, tra le ipotesi di indisponibilità del dato rientrano anche quei casi in cui si verifica un'interruzione di un normale servizio che determina conseguentemente l'indisponibilità temporanea del dato e che si tramuta in permanente nell'ipotesi in cui il titolare non è in grado di ripristinare, tramite *backup*, l'accesso ai dati.

In tal senso, bisognerà, dunque, domandarsi se già la semplice indisponibilità temporanea fa sorgere l'obbligo per il titolare di notificare l'avvenuta violazione dei dati. Significativo sul punto sembra essere l'art. 32 del GDPR, al cui interno il legislatore europeo impone, nell'attuare le misure tecniche e organizzative, di prendere in considerazione, tra le altre cose, “*la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento*” e “*la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico*”.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Sul punto si vedano le *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, cit., p. 5-6

⁴⁷⁰ *Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2014 on personal data breach notification, adopted on 24 march 2014*, 7

⁴⁷¹ In tal senso si vedano *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, cit., p 8 e ss.

⁴⁷² Regolamento UE/679, art. 32, par. 1, lett. b

Di conseguenza, un incidente di sicurezza che rende i dati indisponibili, anche solo in via momentanea, costituisce ugualmente una violazione dei dati personali, poiché l'impossibilità di accesso può avere un impatto significativo sui diritti e le libertà delle persone fisiche e, dunque, richiederà di essere almeno documentata ai sensi del paragrafo 5 dell'art. 33.⁴⁷³

Nell'ipotesi in cui il titolare, a seguito di una valutazione di impatto *ex post* sui diritti e le libertà delle persone fisiche, rilevi un pericolo per queste ultime, sarà chiamato, altresì, a notificare quanto emerso all'autorità di controllo ed eventualmente agli interessati.⁴⁷⁴

Come in parte anticipato, il titolare del trattamento, ai sensi dell'art. 33 del Regolamento, è tenuto a notificare l'avvenuto *data breach* immediatamente o comunque entro 72 ore dalla scoperta della violazione. In base alle già citate Linee Guida, il titolare può essere considerato a "conoscenza" dell'avvenuta violazione dal momento in cui è ragionevolmente certo che sia avvenuto un incidente di sicurezza e che abbia compromesso i dati personali.⁴⁷⁵

Tuttavia, si tratta di una valutazione che merita di essere effettuata tenuto conto del caso concreto, poiché in alcune ipotesi sarà evidente la relativa violazione – e dunque il termine decorrerà immediatamente – mentre in altre, il titolare dovrà impegnarsi in ulteriori accertamenti, che rendano dunque ragionevolmente certo il *data breach*.⁴⁷⁶

Si consideri, inoltre, che ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 33, oltre al titolare, penetranti obblighi sono rivolti anche al *data processor* (responsabile del trattamento), che è tenuto ad informare il primo qualora venga a conoscenza di una violazione dei dati e il mancato rispetto dell'obbligo in esame fa sorgere nei suoi confronti la conseguente responsabilità civile e l'applicazione delle sanzioni amministrative.

⁴⁷³ Il paragrafo 5 dell'art. 33 recita: "Il titolare del trattamento documenta qualsiasi violazione dei dati personali, comprese le circostanze a essa relative, le sue conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio. Tale documentazione consente all'autorità di controllo di verificare il rispetto del presente articolo."

⁴⁷⁴ In tal senso si vedano le *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, cit., p. 8 e ss.

⁴⁷⁵ Sul punto si vedano le *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, cit., p. 11

⁴⁷⁶ Sul punto si veda GALLUS, *la notificazione e la comunicazione di una violazione dei dati personali*, in CASSANO, COLLAROCCO, GALLUS, MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR, aggiornato al d.lgs. 10 agosto 2018 n.101*, Giuffrè, Milano, 2018, p.219

In tal senso, posto che la comunicazione deve avvenire in maniera tempestiva, si pone una problematica per quanto attiene alla correttezza e adeguatezza della gestione del rapporto tra i due soggetti.

In particolare, il responsabile e il titolare sono vincolati da un contratto o altro atto giuridico, che ben potrà contenere un eventuale piano di azione nelle ipotesi di *data breach*, che tenga conto anche della rilevanza della tempestiva comunicazione del responsabile al titolare, dimodoché, l'eventuale tardiva notifica di quest'ultimo, non conduca ad una dichiarazione di responsabilità del primo e viceversa.⁴⁷⁷

L'art. 34 del Regolamento europeo impone, come in parte già rilevato, la comunicazione del *data breach* all'interessato, senza ingiustificato ritardo, qualora la violazione del dato personale possa presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.⁴⁷⁸

Si tratta, dunque, di un obbligo giuridico che si instaura solo nell'ipotesi in cui il *data breach* è suscettibile di arrecare un danno di tale portata e ciò, senza alcun dubbio, può verificarsi ogniqualvolta, in via esemplificativa, la violazione di informazioni bancarie di un cliente può, conseguentemente, dar luogo a furti di identità.⁴⁷⁹

Nell'esempio riportato, il titolare del trattamento dovrà vagliare l'opportunità di effettuare la comunicazione all'interessato, affinché quest'ultimo possa adottare le misure necessarie (in tal caso, il cambiamento delle credenziali di accesso).⁴⁸⁰

La comunicazione, pertanto, rappresenta un adempimento chiaramente orientato alla prevalenza degli interessi delle persone fisiche cui dati sono stati violati, rispetto alle esigenze di impresa, che ben potrebbero "risentire" gli effetti pregiudizievoli, anche sul piano reputazionale, della comunicazione.⁴⁸¹

Per quanto concerne il contenuto della comunicazione, esso si presenta pressoché simile a quello della notifica al Garante, previsto all'art. 33, e dunque, sarà

⁴⁷⁷ Sul punto si veda GIOVANNANGELI, *La violazione di dati o data breach*, cit. p. 409

⁴⁷⁸ Regolamento UE 679/2016, art. 34, par. 1

⁴⁷⁹ Le Linee Guida hanno fornito un interessante veduta sulla valutazione del rischio elevato qualora la violazione possa provocare danni patrimoniali o non patrimoniali. In particolare, per la valutazione dovranno essere considerati la tipologia, la natura e la dimensione della violazione, la facilità di identificazione degli interessati, la gravità delle conseguenze, la peculiarità e il numero degli interessati (ad esempio in caso di minori), le caratteristiche del titolare. Sul punto si vedano le *Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679*, cit., p. 25 ss.

⁴⁸⁰ Sul punto si veda GIOVANNANGELI, *La violazione dei dati o data breach*, cit. p. 419

⁴⁸¹ Sul punto si veda VIGLIAR, *Data breach e sicurezza informatica*, in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Milano, 2016, p. 258

necessario palesare all'interessato il nome e i dati di contatto del DPO, le possibili conseguenze pregiudizievoli e le misure adottate o da adottare al fine di porre rimedio alla violazione.

Tuttavia, è necessario precisare che, mentre per la notifica all'autorità di controllo, sarà richiesto un linguaggio particolarmente tecnico nella descrizione dell'incidente, per la relativa comunicazione agli interessati, sarà obbligatorio l'utilizzo di un linguaggio chiaro e semplice.⁴⁸²

1.1. I mezzi di ricorso e le sanzioni amministrative

Poc'anzi si è discusso degli strumenti che la normativa europea attribuisce al titolare e al responsabile del trattamento allorquando si verifichi una violazione dei dati personali.

Parallelamente, il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali attribuisce all'interessato analoghi poteri: si prevedono, infatti, le modalità di intervento che quest'ultimo può attuare qualora ritenga che nei suoi confronti siano state violate le disposizioni della disciplina in esame.

In particolare, il legislatore europeo, all'art. 77, consente alla persona fisica di proporre il reclamo all'autorità di controllo o il ricorso all'autorità giudiziaria, alternativa confermata anche all'interno dell'art. 140-*bis* del nuovo Codice Privacy, in cui è stabilito che *“Qualora ritenga che i diritti di cui gode sulla base della normativa in materia di protezione dei dati personali siano stati violati, l'interessato può proporre reclamo al Garante o ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria”*.

Procedendo con ordine, il ricorso giurisdizionale è disciplinato all'interno di due disposizioni differenti, a seconda che venga proposto avverso i provvedimenti del Garante (art. 78⁴⁸³) o avverso il titolare o il responsabile del trattamento (art. 79).

⁴⁸² Sul punto si veda GIOVANNANGELI, *La violazione dei dati o data breach*, cit. p. 424

⁴⁸³ L'art. 78 prevede che *“Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale, ogni persona fisica o giuridica ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo avverso una decisione giuridicamente vincolante dell'autorità di controllo che la riguarda.*

Con particolare riguardo alla seconda ipotesi, il legislatore europeo prevede che “ogni interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora ritenga che i diritti di cui gode a norma del presente regolamento siano stati violati a seguito di un trattamento”.

In questo ambito, merita una particolare attenzione il regime di responsabilità civile per il trattamento illecito di dati⁴⁸⁴, delineato all’art. 82 del GDPR, ove è previsto, al paragrafo 1, che: “Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento”.

Pertanto, alla stregua della disposizione in esame, il titolare ed il responsabile del trattamento possono essere chiamati a rispondere per il danno causato all’interessato, in violazione degli obblighi previsti dal GDPR, a meno che questi non dimostrino che l’evento dannoso non gli sia in alcun modo imputabile.⁴⁸⁵

Inoltre, l’art. 82 ai paragrafi 4 e 5 specifica che, qualora siano stati delineati più titolari o più responsabili per il medesimo trattamento illecito, la responsabilità civile si configurerà in via solidale in capo a tutti i soggetti coinvolti, salva comunque la possibilità di ottenere il regresso per l’intera somma versata a titolo di risarcimento.⁴⁸⁶

Per quanto attiene al secondo presidio di tutela, è possibile affermare che “il reclamo è lo strumento che consente all’interessato di rivolgersi al Garante per la protezione

Fatto salvo ogni altro ricorso amministrativo o extragiudiziale, ciascun interessato ha il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora l'autorità di controllo che sia competente ai sensi degli articoli 55 e 56 non tratti un reclamo o non lo informi entro tre mesi dallo stato o dell'esito del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 77.

Le azioni nei confronti dell'autorità di controllo sono promosse dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'autorità di controllo è stabilita.

Qualora siano promosse azioni avverso una decisione di un'autorità di controllo che era stata preceduta da un parere o da una decisione del comitato nell'ambito del meccanismo di coerenza, l'autorità di controllo trasmette tale parere o decisione all'autorità giurisdizionale.”

⁴⁸⁴ Secondo una parte della dottrina, si tratterebbe di una responsabilità extracontrattuale speciale, rispetto a quella generale di diritto comune ex art. 2043 c.c., poiché l’art. 82 GDPR rappresenterebbe una disposizione peculiare del contesto specifico del trattamento dei dati personali, in quanto è vincolata, per quanto attiene all’ambito applicativo, a specifiche figure soggettive, quali, per l’appunto, il titolare ed il responsabile del trattamento. Sul punto si veda TOSI, *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell’art. 82 del GDPR UE*, in *Danno e responsabilità*, 4/2020, p. 434

⁴⁸⁵ Sul punto si veda CODIGLIONE, *La tutela della riservatezza*, in SICA-ZENCOVICH, *Manuale del diritto dell’informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2019, p. 306

⁴⁸⁶ Sul punto CODIGLIONE, *IBIDEM*

dei dati personali per lamentare una violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali e richiedere una verifica dell’Autorità”.⁴⁸⁷

Si tratta, in sostanza, dello strumento di tutela amministrativa per eccellenza che consente di lamentare non solo qualsiasi violazione del Regolamento in esame, ma più genericamente qualsivoglia inosservanza della disciplina sulla tutela dei dati personali, comprensiva, dunque, anche del Codice privacy.

Con il fine di garantire piena tutela all’interessato, il Regolamento UE 679/2016 non impone particolari formalità per la relativa presentazione del reclamo, che può essere sottoscritto gratuitamente, sulla base di formulari, dallo stesso interessato oppure per suo conto da un avvocato, un procuratore, un organismo, un’organizzazione o un’associazione senza scopi di lucro.⁴⁸⁸

Ciò che in realtà rileva, ai fini della presentazione del reclamo, è il dettaglio nella specificazione dei fatti e delle circostanze su cui lo stesso si fonda; sarà, di conseguenza, domandato alla persona fisica di precisare le disposizioni che si presumono violate, le misure richieste, gli estremi identificativi del titolare o del responsabile, nonché tutta la documentazione necessaria per la dimostrazione dei fatti sostenuti.⁴⁸⁹

Alla presentazione del reclamo segue poi un’attività istruttoria dell’Autorità ed un eventuale successivo procedimento amministrativo formale attraverso cui il Garante procede all’adozione dei provvedimenti cui all’art. 58 del Regolamento.⁴⁹⁰

Proprio con riguardo ai provvedimenti da adottare, in particolare, l’interessato potrà sollecitare il Garante a rivolgere ammonimenti o avvertimenti al titolare o al responsabile del trattamento sulle modalità con cui vengono trattati i dati personali, ingiungere ambedue i soggetti a soddisfare le richieste dell’interessato, limitare in maniera provvisoria o definitiva il trattamento nonché ordinare la rettifica, cancellazione o limitazione del trattamento.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ La definizione è fornita dal Garante Privacy sul sito istituzionale, consultabile su www.garanteprivacy.it nella sezione “Reclamo”.

⁴⁸⁸ Scheda informativa Garante della privacy, Doc. Web 4535524 del 25/05/2018

⁴⁸⁹ Sul punto si veda PARISE, *Tutela privacy: il reclamo al Garante, che cos’è e come farlo*, articolo consultabile su www.cybersecurity360.it, 4 giugno 2019

⁴⁹⁰ Sui provvedimenti di competenza del Garante Privacy si rimanda al testo integrale dell’art. 58 Regolamento UE 679/2016

⁴⁹¹ BRECEVICH-MARTORANA-DOMINICI, *Mezzi di ricorso e sanzioni amministrative*, in MARTORANA (a cura di), *GDPR e decreto legislativo 101/2018, Vademecum del professionista: obblighi, adempimenti, strumenti di tutela*, CEDAM, Milano, 2019, p. 107

In tal senso, tra i poteri attribuiti espressamente dall'art. 58 al Garante Privacy rientra la facoltà di infliggere sanzioni amministrative pecuniarie ai sensi dell'art. 83 del medesimo testo normativo, in aggiunta o in luogo delle ulteriori misure già disposte. Più nel dettaglio, l'art. 83, nello stabilire che *“Ogni autorità di controllo provvede affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo [...] siano in ogni singolo caso effettive, proporzionate e dissuasive”*, pone l'attenzione sulla circostanza in forza della quale le sanzioni in esame sono inflitte casisticamente e dunque, tenendo conto del caso concreto.

Conseguentemente, infatti, il legislatore europeo specifica che il Garante privacy – in qualità di organo deputato all'irrogazione delle predette sanzioni – sarà tenuto a valutare il caso in base a numerosi parametri, tra i quali, in via esemplificativa, rientrano la natura, la gravità o la durata della violazione, il carattere doloso o colposo di quest'ultima, nonché le misure già adottate per ridurre le conseguenze del danno e il grado di responsabilità del titolare o del responsabile del trattamento.⁴⁹²

Il sistema delineato dal legislatore europeo consente di suddividere le sanzioni amministrative pecuniarie in due macrocategorie connesse, a loro volta, a due livelli di violazioni differenti. In primo luogo, il paragrafo 4 dell'art. 83 disciplina le infrazioni “meno gravi”, prevedendo per queste ultime un importo, nel massimo, sino a 10 milioni di euro o, limitatamente alle imprese, sino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se quest'ultimo risulta superiore a 10 milioni di euro.

Più nel dettaglio, il legislatore europeo dispone la sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo poc'anzi descritto, qualora siano stati violati *“a) gli obblighi del titolare del trattamento e del responsabile del trattamento a norma degli articoli 8, 11, da 25 a 39, 42 e 43; b) gli obblighi dell'organismo di certificazione a norma degli articoli 42 e 43; c) gli obblighi dell'organismo di controllo a norma dell'articolo 41, paragrafo 4.”*⁴⁹³

In secondo luogo, il paragrafo 5 dell'art. 83 prevede per le infrazioni più gravi, delle corrispondenti sanzioni amministrative più elevate pari ad un importo, nel massimo, sino a 20 milioni di euro o, in relazione alle imprese, sino al 4% del fatturato mondiale

⁴⁹² Sui parametri da seguire per l'irrogazione delle sanzioni amministrative si rinvia al testo integrale dell'art. 83, Regolamento UE 679/2019

⁴⁹³ Regolamento UE 679/2016, art. 83, paragrafo 4, lett. a), b), c).

totale annuo dell'esercizio precedente, se quest'ultimo risulta superiore a 20 milioni di euro.

In particolare, il legislatore europeo irroga la sanzione più elevata allorquando siano stati violati “a) i principi di base del trattamento, comprese le condizioni relative al consenso, a norma degli articoli 5, 6, 7 e 9; b) i diritti degli interessati a norma degli articoli da 12 a 22; c) i trasferimenti di dati personali a un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale a norma degli articoli da 44 a 49; d) qualsiasi obbligo ai sensi delle legislazioni degli Stati membri adottate a norma del capo IX; e) l'inosservanza di un ordine, di una limitazione provvisoria o definitiva di trattamento o di un ordine di sospensione dei flussi di dati dell'autorità di controllo ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 2, o il negato accesso in violazione dell'articolo 58, paragrafo 1. 6.”. E aggiunge, al comma successivo, che la sanzione sino a 20 milioni di euro o al 4% del fatturato sarà applicata anche allorquando vi sia stata “l'inosservanza di un ordine da parte dell'autorità di controllo di cui all'articolo 58, paragrafo 2”.

Dalla dicitura dell'art. 83 appare pressoché evidente l'interesse del legislatore europeo a che ogni violazione venga vagliata singolarmente dall'autorità di controllo.

Tuttavia, il paragrafo terzo dell'articolo in esame precisa che, se in relazione allo stesso trattamento o a più trattamenti connessi tra loro, sono state violate più disposizioni del regolamento europeo, l'importo della sanzione pecuniaria che dev'essere applicata non potrà essere superiore all'importo specificato per la violazione più grave.⁴⁹⁴

Merita specifica menzione, altresì, il paragrafo 7 dell'art. 83, poiché il Regolamento europeo consente ad ogni Stato membro di prevedere norme che indichino se ed in quale misura possono essere inflitte le sanzioni pecuniarie. E, difatti, il legislatore nazionale, all'interno dell'art. 166 del nuovo Codice Privacy, prevede una serie di violazioni, alle quali conseguono le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal Regolamento europeo all'art. 83.⁴⁹⁵

Tuttavia, esaminando le due disposizioni in concomitanza, appare pressoché evidente che il legislatore nazionale abbia selezionato solo alcune delle violazioni indicate

⁴⁹⁴ Sul punto si veda BARRACO, SITZIA, JACOBUCCI, RIZZATO, *Adeguamento al GDPR: sanzioni e regime transitorio*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 47-48/2018, p.2830

⁴⁹⁵ Per le violazioni contemplate dal legislatore nazionale, si rimanda al testo integrale dell'art. 166 del Codice Privacy

all'art. 83, ed in particolare, egli richiama gli obblighi previsti per il trattamento di categorie di dati sensibili e gli obblighi concernenti il trattamento svolto dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, strutture sanitarie, istituti di formazione e istituti di elaborazione statica.

La questione che si pone, in tale ambito, concerne la necessità di individuare quale sia il rapporto tra le due disposizioni. Da un lato, si potrebbe obiettare che il legislatore abbia voluto confinare la sanzione amministrativa pecuniaria alle uniche ipotesi richiamate dalla disciplina nazionale, conferendo un'attuazione solo parziale alla disciplina eurounitaria. Dall'altro, apparirebbe più in linea con la *ratio* del Regolamento, ritenere che il legislatore abbia solo inteso aggiungere rilievo ad ulteriori ipotesi meritevoli di apposita sanzione, riservando le ulteriori violazioni all'assetto già delineato dal Regolamento.

In tal senso, sembrerebbe deporre lo stesso terzo paragrafo dell'art. 166 che, nell'individuare nel Garante l'autorità competente a conoscere degli illeciti amministrativi, richiama espressamente le sanzioni “*di cui all'art. 83 del medesimo Regolamento e di cui ai commi 1 e 2*”, intendendo, dunque, che le sanzioni amministrative pecuniarie previste nella disciplina eurounitaria siano esonerate da un'espressa disposizione nazionale di attuazione, avendo già diretta applicabilità.⁴⁹⁶

2. I nuovi reati nel sistema sanzionatorio penale: la riformulazione dell'art. 167

Il d.lgs. 101/2018, in attuazione del Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, ha inciso in misura rilevante sul Codice privacy introdotto dal d.lgs. n.196/2003, e in particolar modo, ha segnato una svolta fondamentale nell'impianto dei reati privacy disciplinati agli artt. 167 e seguenti.

Preliminarmente, occorre ricordare che il legislatore europeo ha indicato come facoltativo il ricorso a misure ulteriori rispetto alle sanzioni amministrative

⁴⁹⁶ Sul punto si veda D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit. p. 23-24

pecuniarie⁴⁹⁷, sebbene non menzionando esplicitamente alcun obbligo di tutela penale. Si tratta, senza alcun dubbio, di una scelta in linea con i principi dell'ordinamento europeo, “atteso che, una previsione obbligatoria sarebbe stata in contrasto con i presupposti di esercizio della competenza penale attribuita all'Unione europea dall'art. 83 T.F.U.E.”⁴⁹⁸

In effetti, il Regolamento fa riferimento alla tutela penale esclusivamente nel Considerando n. 149, ove prevede che: “*Gli Stati membri dovrebbero poter stabilire disposizioni relative a sanzioni penali per violazioni del presente regolamento, comprese violazioni di norme nazionali adottate in virtù ed entro i limiti del presente regolamento. [...] Tuttavia, l'imposizione di sanzioni penali per violazioni di tali norme nazionali e di sanzioni amministrative non dovrebbe essere in contrasto con il principio del ne bis in idem quale interpretato dalla Corte di giustizia.*”

Sulla base, dunque, di tali brevi premesse, il legislatore delegato ha ritenuto di dover procedere ad una rivisitazione complessiva dei reati inseriti nel Codice Privacy, al fine di, in primo luogo, adeguare il microsistema normativo al nuovo volto della tutela sui dati personali, ed in secondo luogo, attuare le modifiche necessarie per conferire effettiva applicazione alle fattispecie incriminatrici – redatte come reati di pericolo astratto – che erano state oggetto di non poche perplessità sollevate dalla giurisprudenza in sede di applicazione.

Al centro della riforma si pone il delitto di trattamento illecito di dati personali preveduto all'art. 167 che, nella formulazione originaria del 2003 recitava “*chiunque al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali, in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, 23, 123, 126, 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129, è punito se dal fatto deriva nocumento*”. Il comma 2 puniva, invece, “*chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in*

⁴⁹⁷ Il legislatore europeo si limita a stabilire all'art. 84 che: “Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle altre sanzioni per le violazioni del presente regolamento in particolare per le violazioni non soggette a sanzioni amministrative pecuniarie a norma dell'articolo 83, e adottano tutti i provvedimenti necessari per assicurarne l'applicazione. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 1 al più tardi entro il 25 maggio 2018, e comunica senza ritardo ogni successiva modifica.”

⁴⁹⁸ MANES-MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in diritto penale e processo, 2/2019, p. 171 (in nota)

violazione di quanto disposto dagli articoli relativi ai dati sensibili e giudiziari, se dal fatto deriva nocumento.”

Diverse furono le questioni critiche che sollevò la formulazione della fattispecie *de qua*. In primo luogo, dalla lettura del dato normativo, la descrizione del fatto tipico era effettuata attraverso la tecnica del rinvio a diverse disposizioni, che a loro volta rimandavano ad atti o regolamenti dell’ autorità di controllo.

Di fatto, dunque, tale modalità di redazione finiva per dar luogo ad una molteplicità di condotte punibili indefinite, rendendo, in sostanza, inattuato il principio di sufficiente determinatezza⁴⁹⁹ e più complessa – se non impossibile – la percezione del disvalore della condotta per i consociati.

In secondo luogo e in misura maggiore, destava alcune perplessità, ai fini dell’ integrazione della fattispecie, l’ aver causato un nocumento. In tal senso, il dibattito giurisprudenziale era diretto alla necessità di comprendere la sua natura, se dunque, il nocumento fosse inquadrabile nella categoria di elemento del reato o in quella di condizione obiettiva di punibilità.⁵⁰⁰

La distinzione tra le due ipotesi dipende dal rapporto che le stesse instaurano con l’ offesa: in particolare, nel primo caso, una circostanza può essere considerata elemento del reato se l’ offesa al bene giuridico tutelato dipende dalla sua integrazione, mentre, verrà annoverata tra le condizioni obiettive di punibilità allorquando sarà del tutto estranea all’ offesa, ma la sua integrazione, quale autonoma scelta di politica criminale, determinerà la punibilità della condotta.⁵⁰¹

La tesi che prevalse, seppur con qualche perplessità, fu quella concernente la condizione obiettiva di punibilità intrinseca, nel senso che quest’ ultima conferisce attuazione “all’ offesa dell’ interesse che è già potenzialmente realizzata dal fatto in senso stretto”.⁵⁰²

Il d.lgs. 101/2018, come si è anticipato, ha riformulato l’ art. 167, seppur conservando taluni elementi della precedente ipotesi delittuosa. Oggi la norma recita: “*Salvo che il*

⁴⁹⁹ Sul punto si veda MANNA, *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 343

⁵⁰⁰ Si tratta di un dibattito affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche in altre occasioni: esemplificativo è stato quello in tema dei reati di bancarotta per quanto concerne la natura della sentenza dichiarativa di fallimento.

⁵⁰¹ Sul punto si veda LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali*, cit., p. 237

⁵⁰² BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 2007, p.588

fatto costituisca più grave reato, chiunque al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, operando in violazione di quanto disposto dagli articoli 123, 126 e 130 o del provvedimento di cui all'articolo 129 arreca nocumento all'interessato, è punito con la reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di arrecare danno all'interessato, procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento, in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 2-sexies e 2-octies, o delle misure di garanzia di cui all'articolo 2-septies ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo 2-quinquiesdecies arreca nocumento all'interessato, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pena di cui al comma due si applica altresì a chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trasferimento dei dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale al di fuori dei casi consentiti ai sensi degli articoli 45, 46 o 49 del Regolamento, arreca nocumento all'interessato [...]*⁵⁰³

A ben vedere, si tratta di una norma a più fattispecie: il primo comma dell'art. 167 prevede come condotta tipica il trattamento illecito di dati personali c.d. comuni, il secondo comma, diversamente, contempla l'ipotesi di trattamento illecito di dati personali giudiziari e particolari ed infine, il terzo comma punisce la condotta di chi trasferisce i dati personali verso un paese terzo od un'organizzazione internazionale. Le diverse ipotesi delittuose presentano più tratti comuni.

In primo luogo, il bene giuridico tutelato non può che essere il diritto alla protezione dei propri dati personali, che, in virtù della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico⁵⁰⁴, possiede autonoma rilevanza costituzionale, seppur indiretta, all'art. 2 della Costituzione.

In secondo luogo, nell'incipit delle tre autonome fattispecie, il legislatore ha riproposto – poiché presente anche nell'art. 167 risalente al codice del 2003 – la clausola di sussidiarietà, la cui *ratio* parrebbe essere la necessità di far salve le ipotesi delittuose

⁵⁰³ Per la restante parte dell'art. 167 si rimanda al Codice Privacy 196/2003, così come riformato dal d.lgs. 101/2018.

⁵⁰⁴ Sulla teoria in esame si veda BRICOLA, *teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1973, p. 16 ss.

più gravi. Ciò denoterebbe il carattere di reato sussidiario della fattispecie in esame, che verrebbe assorbita da un fatto di per sé più grave.

La scelta di riproporre la clausola nell'incipit, in realtà, appare sicuramente condivisibile; in tal senso, difatti, i reati *privacy* sono spesso fattispecie prodromiche ad ulteriori ipotesi delittuose più gravi, dove “il trattamento illecito del dato” rappresenta un semplice mezzo per raggiungere un fine.

Ancora, sebbene il legislatore abbia adottato la dicitura “chiunque”, si tratta di reati propri; infatti, la condotta incriminata può essere integrata da chi in concreto è in grado di mettere in pericolo il bene giuridico, attraverso la violazione le disposizioni richiamate e, dunque, i soggetti espressamente contemplati all'interno del Regolamento europeo.

Come si è già anticipato, la fattispecie antecedente alla riforma del 2018 era stata oggetto di numerose critiche; tra queste ultime, figurava in maniera significativa, l'appunto secondo il quale le ipotesi delittuose in essa contemplate fossero carenti di offensività. In altre parole, la fattispecie incriminatrice prevedeva la punibilità di condotte legate alla mera inosservanza di obblighi sul trattamento dei dati, che ben avrebbero potuto rientrare nella semplice applicazione di una sanzione amministrativa. Il legislatore del 2018 ha dunque proceduto ad una rivisitazione delle norme che si assumono violate. Difatti, al primo comma, ha correttamente espunto la violazione dell'art. 23, che attribuiva rilevanza all'illecito trattamento di dati effettuato senza alcun consenso dell'interessato e che oggi risulta essere una violazione a cui consegue l'irrogazione della sola sanzione amministrativa.⁵⁰⁵

Inoltre, il legislatore ha configurato le condotte incriminate come reati ad evento naturalistico, abbandonando la tesi sulla natura di condizione obiettiva di punibilità del documento, e facendo rientrare quest'ultimo tra gli elementi costitutivi del reato. Il documento, dunque, è divenuto oggi oggetto di verifica del dolo specifico.⁵⁰⁶

Questa soluzione è stata peraltro affermata dalla giurisprudenza ancor prima dell'intervento riformatore che, in tema di trattamento illecito di dati personali, ha ritenuto che il documento costituisca elemento costitutivo del reato e dunque, dovesse essere previsto e voluto dall'agente come conseguenza della sua azione.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Sul punto si veda D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit., p. 31

⁵⁰⁶ Sul punto si veda D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit. p. 34

⁵⁰⁷ Cass. Pen. Sez. III, 23 novembre 2016, n. 15221

In merito all'elemento soggettivo, la fattispecie richiede, anzitutto, la sussistenza del dolo generico, come rappresentazione e volizione di tutti gli elementi del fatto tipico e, altresì, dispone che la condotta lesiva dev'essere rivolta al fine di "trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato", conservando, dunque, il dolo specifico.

Si tratta, in questo secondo caso, di una volontà ulteriore rispetto agli elementi di tipicità previsti per il dolo generico, e dunque, si rivolge a finalità la cui realizzazione non è necessaria ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice.⁵⁰⁸

In merito alla specificazione del danno, si deve ricordare che il suo mantenimento è stato dettato dalle richieste avanzate dal Garante e dalle Commissioni Parlamentari per ragioni connesse a scelte di politica criminale. Difatti, la persistenza del "danno all'interessato" è in grado di riservare specifica tutela altresì a nuovi fenomeni criminogeni, quali, in via esemplificativa, il *Revenge porn*, seppur comunque, quest'ultimo abbia trovato una specifica tutela nella fattispecie di cui all' art 612-ter.⁵⁰⁹

2.1.L'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici: analisi degli artt. 167-bis e 167-ter

L'art. 167-bis rubricato "*Comunicazione e diffusione illecita dei dati personali oggetto di trattamento su larga scala*" punisce al primo comma, con la reclusione da uno a sei anni "*salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque comunica o diffonde al fine di trarre profitto per sé o per altri ovvero al fine di arrecare danno, un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala, in violazione degli articoli 2-ter, 2-sexies e 2-octies*".

⁵⁰⁸ Sul punto si veda ORLANDO, *I limiti della tutela penale del trattamento illecito dei dati personali nel mondo digitale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019, p. 192

⁵⁰⁹ L'art. 612-ter è stato introdotto dalla l. n. 69 del 2019 recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica o di genere".

Al secondo comma la fattispecie punisce con la medesima pena prevista al primo comma e nel rispetto della medesima clausola di sussidiarietà, “*chiunque, al fine di trarne profitto per sé o altri ovvero di arrecare danno, comunica o diffonde, senza consenso, un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala, quando il consenso è richiesto per le operazioni di comunicazione e diffusione*”.

Si tratta di due ipotesi delittuose al primo e al secondo comma di nuova formulazione rispetto alle diverse fattispecie che, seppur riformulate, apparivano già nel testo del d.lgs. 196/2003 e che hanno subito diverse modifiche prima di approdare ad una versione finale.

Nel testo inviato alle Camere, infatti, figurava anziché “dati personali oggetto di trattamento su larga scala” la dicitura “dati personali riferibili ad un rilevante numero di persone” ed inoltre, era prevista un’apposita limitazione soggettiva delle fattispecie al solo titolare, responsabile e incaricato del trattamento.

L’opportunità di modificare tali originarie formulazioni appare piuttosto evidente. Per quanto concerne il primo aspetto, la riconducibilità al numero rilevante di persone sarebbe apparso un criterio estremamente indeterminato, che lasciava all’interprete ampi spazi di discrezionalità, mentre per quanto attiene alla limitazione soggettiva, non si sarebbe tenuto conto di condotte ugualmente lesive e meritevoli di tutela poste in essere da altri soggetti, comunque autorizzati ad accedere ai dati personali.⁵¹⁰

Se la scelta di utilizzare la dicitura “chiunque” è apparsa una soluzione largamente condivisa, non pochi dubbi continuano a manifestarsi in merito all’utilizzo del “trattamento su larga scala”.

Più nel dettaglio, il concetto di “larga scala” sembrerebbe ugualmente indeterminato, sebbene sia già stato utilizzato all’interno del Regolamento in diverse disposizioni, senza però darne una definizione, e lo stesso potrebbe dirsi dell’utilizzo del termine “archivio automatizzato”⁵¹¹.

⁵¹⁰ Sul punto si veda RESTA, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Cybercrimes*, Utet giuridica, 2019, p. 1036 e ss.

⁵¹¹ Il Regolamento definisce all’art.4 solo il termine “archivio” come “qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico che sia trattato in forma elettronica”, ma non si sofferma sul significato da attribuire ad “automatizzato”. Sul punto si veda ORLANDO, *I limiti della tutela penale del trattamento illecito*, cit. p. 195

In realtà il problema si potrebbe porre in quelle “ipotesi limite” in cui, pur trattandosi di dati oggetto di trattamento su larga scala, un soggetto si limiti a diffondere non l’intero archivio o una parte rilevante di esso, ma solo un numero rilevante di dati degli interessati, non in grado, tuttavia, di avvicinarsi a quella soglia richiesta dal legislatore.⁵¹²

Inoltre, in base alla circostanza per cui l’art. 167 bis, posto a tutela dell’integrità dei del dato, sembrerebbe rivolgersi al trattamento di una vasta massa di dati personali, sarebbe stata un’opportuna scelta legislativa quella di contemplare la medesima fattispecie all’interno dei reati presupposto del d.lgs. 231/2001.

L’art. 167-ter, al pari della precedente fattispecie, rappresenta un reato di nuova formulazione rispetto al contenuto del previgente Codice Privacy e punisce con la reclusione da uno a quattro anni “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri ovvero di arrecare danno, acquisisce con mezzi fraudolenti un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala*”.

Rispetto alle fattispecie precedentemente analizzate, l’ipotesi delittuosa in esame apparirebbe un reato plurioffensivo: in effetti, oltre alla lesione del diritto alla tutela dei dati personali degli interessati, la condotta di chi fraudolentemente acquisisce un archivio automatizzato, andrebbe a ledere il patrimonio anche del legittimo titolare del trattamento, posto che l’archivio può ben rientrare nei beni suscettibili di valutazione economica.⁵¹³

Valgono in questa sede le medesime conclusioni evidenziate in merito all’art. 167-bis. Tuttavia, merita apposita menzione la modalità di condotta; in effetti, la norma punisce chi “acquisisce” e non chi “diffonde o comunica”, talché, chi pone in essere la condotta deve necessariamente acquisire i dati personali con mezzi fraudolenti, e dunque, mediante artifici o raggiri o anche menzogne, purché queste siano idonee a trarre in inganno.

Cosa il legislatore abbia voluto intendere con l’utilizzo del verbo “acquisire” non appare ben chiaro. Risulta sicuramente evidente la volontà di punire la condotta del

⁵¹² Su tali osservazioni si veda D’AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit. p. 44

⁵¹³ Depone in tal senso una recente pronuncia della Cass. Pen., Sez. VI, 9 maggio 2018, n.33031 secondo cui, nell’ambito della contestazione di un delitto di peculato ha ritenuto che possono essere suscettibili di appropriazione da parte del pubblico agente anche i beni immateriali, a condizione che abbiano un valore economicamente apprezzabile.

soggetto attivo che sia volta a procurarsi la disponibilità dell'archivio automatizzato o parte di esso, ma solleva alcuni dubbi la possibilità di ricondurre all'alveo del penalmente rilevante l'ipotesi di "autoproduzione" o per meglio dire, la condotta di chi, una volta ottenuto i dati illecitamente, li organizza in un archivio automatizzato.

In sostanza, ciò che rappresenta una *vexata quaestio* è se l'acquisizione fraudolenta debba avere ad oggetto, ai fini dell'integrazione del reato, esclusivamente un archivio già formato o possa includere anche l'ipotesi di un archivio formato solo successivamente all'acquisizione.

Dalla lettura testuale sembrerebbe preferibile l'accoglimento della sola prima modalità di condotta: oggetto materiale è l'archivio stesso e non i singoli dati che lo compongono; tuttavia, tale soluzione non può che lasciare impunita la seconda ipotesi, stante comunque l'impossibilità di ricondurre l'acquisizione fraudolenta del dato con successiva formazione dell'archivio ad altra fattispecie incriminatrice.⁵¹⁴

Altra questione di particolare rilevanza attiene al rapporto tra la fattispecie in esame e l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 167-bis; più nel dettaglio, si discute se possa delinearsi un concorso materiale di reati attraverso la condotta di chi, dopo aver acquisito l'archivio automatizzato, comunica o diffonde il suo contenuto.

Da un lato si potrebbe giungere alla conclusione che la successiva comunicazione e diffusione costituirebbe un *post factum* non punibile, ma dall'altro, e più correttamente, non può non rilevarsi che queste ulteriori condotte hanno un maggior grado di lesività per la riservatezza degli interessati e, a voler ragionare diversamente, si lascerebbe, dunque, priva di tutela la posizione di chi risulta esposto ad una successiva attività delittuosa.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Sulla complicata questione si veda D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit. p. 48

⁵¹⁵ Sul punto si veda D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit., p. 49

2.2. Le ulteriori fattispecie incriminatrici: gli artt. 168, 170 e 171 del Codice privacy

La riforma al Codice Privacy attuata con il d.l.s. 101/2018 ha colpito, altresì, ulteriori disposizioni penali già previste nel precedente schema codicistico. In primo luogo, scelte di politica criminale hanno condotto all'abrogazione dell'art. 169, relativo all'omessa adozione di misure minime di sicurezza. In realtà, la depenalizzazione della fattispecie incriminatrice appare in linea con il nuovo impianto europeo sulla protezione dei dati personali che, intervenendo su tutta la disciplina, ha abolito l'adozione di misure di sicurezza minime, e ha imposto, invece, delle misure che devono essere oggetto di una specifica valutazione caso per caso sulla base dei rischi per le libertà e i diritti delle persone fisiche.⁵¹⁶

In secondo luogo, il legislatore ha proceduto alla riscrittura solo parziale delle ulteriori disposizioni penali. Si tratta di un intervento piuttosto marginale rispetto a quanto avvenuto per l'art. 167 e che, come si è precedentemente analizzato, ha chiarito alcuni problemi sorti in sede di applicazione della fattispecie.

L'art. 168⁵¹⁷ recante *“Falsità nelle dichiarazioni al Garante e interruzione nell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante”* prevede due fattispecie autonome nei due commi che lo compongono. Al primo comma, salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni *“chiunque in un procedimento o nel corso di accertamenti dinanzi al Garante, dichiara o attesta falsamente notizie o circostanze o produce atti o documenti falsi”*.

Al secondo comma, il legislatore punisce con la reclusione sino ad un anno e fuori dai casi del comma 1 *“chiunque, intenzionalmente cagiona un'interruzione o turba la regolarità di un procedimento dinanzi al Garante o degli accertamenti dallo stesso svolti”*.

⁵¹⁶ Sul punto si veda OROFINO, *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Il Mulino – rivisteweb, ottobre-dicembre 2019, n. 4, p. 1166

⁵¹⁷ Nella formulazione antecedente alla riforma, l'art. 168 prevedeva: *“Chiunque, nella notificazione di cui all'articolo 37 o in comunicazioni, atti, documenti o dichiarazioni resi o esibiti in un procedimento dinanzi al Garante o nel corso di accertamenti, dichiara o attesta falsamente notizie o circostanze o produce atti o documenti falsi, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni”*.

Da una prima lettura della fattispecie in esame emerge immediatamente una significativa differenza con le ipotesi delittuose di cui all'art. 167, 167-bis e 167-ter: in effetti, mentre il legislatore con queste ultime ha voluto tutelare il diritto alla protezione dei dati personali, nell'art. 168 (e 170, come a breve si vedrà) egli ha posto specifica tutela alle funzioni del Garante.

La novità più rilevante in tema di riscrittura dell'art. 168 è rappresentata dal secondo comma, poiché il legislatore ha coniato l'autonoma fattispecie incriminatrice in esame, sulla base di un'ipotesi delittuosa generale prevista all'art. 340 c.p. – da cui viene in sostanza ripresa la descrizione della condotta tipica e la cornice di pena – arricchita dall'espresso riferimento al dolo intenzionale.⁵¹⁸

L'art. 340 c.p., collocato nei delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione e rubricato "*Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità*" punisce, al primo comma, con la reclusione fino ad un anno "*Chiunque, fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge, cagiona una interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità*".

Anche su questo punto, si evince immediatamente il parallelismo con l'art. 168: infatti, mentre l'art. 340 c.p. è posto a tutela della continuità e del regolare funzionamento degli uffici e servizi della pubblica amministrazione⁵¹⁹, l'articolo 168 è posto a tutela dell'azione del Garante.

Stante il carattere speciale del reato *privacy* rispetto all'art. 340 c.p. e data la parziale sovrapponibilità tra le due ipotesi delittuose, è possibile, in via generale, richiamare in questa sede le medesime questioni interpretative che hanno accompagnato la fattispecie codicistica, con specifico riguardo alla giurisprudenza in merito alla condotta di turbamento.⁵²⁰

Ambedue le condotte previste nella disposizione penale – l'interruzione e il turbamento – sono punite solo in presenza di un dolo intenzionale; in tal senso la norma richiede che la condotta sia posta "intenzionalmente" e tale avverbio implica, al fine

⁵¹⁸ Sul punto si veda MANES-MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali*, cit. p. 175

⁵¹⁹ Sul punto si veda ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*, cit. p. 64

⁵²⁰ Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il turbamento della regolarità deve dar luogo, ai fini dell'integrazione della fattispecie, ad un'apprezzabile alterazione del funzionamento degli uffici, anche se solo in via temporanea. Cass. Pen. Sez. V, 16 ottobre 2017, n. 1913

di soddisfare l'elemento soggettivo, che non basta una consapevolezza generica del fatto vietato dalla norma penale, come nel primo comma dell'art. 168, ma il turbamento e l'interruzione devono essere il fine in vista del quale il soggetto pone in essere la condotta.

L'art. 170, rubricato "Inosservanza di provvedimenti del Garante", punisce con la reclusione da tre mesi a due anni "*chiunque, essendovi tenuto, non osserva il provvedimento adottato dal Garante, ai sensi degli articoli 58, paragrafo 2, lett. f) del Regolamento, dell'articolo 2-septies, comma 1, nonché i provvedimenti generali di cui all'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo di attuazione dell'articolo 13 della legge 25 ottobre 2017, n.163.*"

Si tratta, in primo luogo, di un reato proprio, al pari delle precedenti disposizioni, poiché soggetto attivo può essere esclusivamente il destinatario del provvedimento, tenuto ad eseguirlo ed in secondo luogo, di un reato a struttura meramente sanzionatoria dell'inosservanza dei provvedimenti del Garante.

Ed è proprio in merito a quest'ultima caratteristica della fattispecie, che si pongono taluni problemi di compatibilità con il principio di legalità posto all'art. 25 della Costituzione.

In realtà, come si evince dalla scelta adottata dal legislatore, la fattispecie rimanda a differenti provvedimenti a carattere eterogeneo, talvolta destinati a individui specifici, talaltra a semplici categorie di soggetti e, proprio in quest'ultimo caso, la violazione della riserva di legge appare evidente nella parte in cui la determinazione del precetto penale è demandata interamente ad una fonte secondaria.⁵²¹

Ultima fattispecie che assume particolare rilevanza è l'art. 171 rubricato "*Violazioni delle disposizioni in materia di controlli a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori*". Il legislatore ha, in questa sede, semplicemente confermato la previsione contravvenzionale della violazione delle norme sul controllo a distanza che, viene estesa all'inosservanza del divieto di indagine sulle opinioni politiche, religiose o sindacali dei lavoratori.

Gli strumenti audiovisivi o comunque di controllo a distanza possono, difatti, essere utilizzati solo per fini organizzativi e produttivi, per la sicurezza sui luoghi di lavoro e

⁵²¹ Sul punto si veda SOLINAS, *Tutela penale della privacy dopo il GDPR: la frettolosa giustapposizione delle fonti è scaturigine di un sistema farraginoso, che crea confusione*, in Resp. Civile e previdenza, gennaio 2020, fascicolo 1, p. 336 ss.

solo previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale o previa autorizzazione dell'Ispettorato.

D'altro lato, la fattispecie impone altresì di vietare al datore di lavoro qualsivoglia indagine, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni dei lavoratori o comunque, su fatti non rilevanti ai fini della valutazione sull'attitudine professionale del lavoratore.⁵²²

3. Il duplice schema punitivo: l'applicabilità delle sanzioni amministrative e penali e la possibile violazione del divieto di bis in idem

Il legislatore europeo e il legislatore nazionale hanno confezionato un apparato sanzionatorio amministrativo e penale, prevedendo, dall'uno e dall'altro lato, misure di contrasto alla violazione dei principi, regole e diritti del Regolamento, allo sfruttamento dei dati personali e all'inosservanza di provvedimenti dell'*Authority*, al fine di dotare l'attuale microsistema normativo di una propria forza dissuasiva.

Il Regolamento europeo, dal canto suo, infatti, ha proceduto a dotarsi di un meccanismo cogente mediante l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente elevate e coniate tenendo ben a mente la capacità patrimoniale dei destinatari della disciplina.

Allo stesso modo, il legislatore nazionale, in assenza (conformemente all'ambito di competenza dell'Unione Europea) di un obbligo giuridico di intervento, ha ugualmente ritenuto di dover intervenire sullo schema del Codice Privacy del 2003, modificando e aggiungendo fattispecie incriminatrici più in linea con la nuova disciplina sul trattamento dei dati personali.

Ben consapevole, tuttavia, dell'esistenza delle sanzioni amministrative pecuniarie, il nuovo Codice privacy tenta di limitare lo strumento penalistico, in virtù del principio di *extrema ratio*, all'integrazione del dolo specifico, all'indicazione delle disposizioni del Regolamento la cui violazione rileva penalmente e, talvolta, alla verifica dell'evento nocuo.

⁵²² Sull'art. 171 si veda BRECEVICH-MARTORANA-DOMINICI, *Mezzi di ricorso e sanzioni amministrative*, cit., p. 131

La domanda che merita di essere posta in questa sede è se risulta possibile la coesistenza di una duplice risposta punitiva come conseguenza di un'unica condotta.⁵²³

In altre parole, dall'analisi svolta, appare corretto chiedersi se un unico fatto posto in essere dall'agente possa essere al contempo punito mediante una sanzione amministrativa pecuniaria e mediante una sanzione penale, come esito di un altrettanto duplice giudizio, l'uno dinanzi al Garante, l'altro dinanzi al giudice penale.

La risposta al critico quesito va ricercata all'interno dell'art. 167 del Codice privacy e, in particolare, nei commi immediatamente successivi alla descrizione delle tre fattispecie.

Più nel dettaglio, al quarto comma, il legislatore dispone che *“il Pubblico Ministero, quando ha notizia dei reati di cui ai commi 1, 2 e 3, ne informa senza ritardo il Garante”*.

Dalla lettura del testo normativo, sembrerebbe che il legislatore abbia espressamente contemplato l'ipotesi in cui venga avviato un duplice procedimento, quello penale dalla pubblica accusa, quello amministrativo dal Garante sulla base di una informazione pervenuta dal Pubblico Ministero.

Successivamente, al quinto comma si prevede che *“il Garante trasmette al Pubblico Ministero, con una relazione motivata, la documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento nel caso in cui emergano elementi che facciano presumere la esistenza di un reato. [...] al più tardi al termine dell'attività di accertamento [...]”*.

Analizzando dunque quest'ultimo comma, il legislatore ha imposto un corrispettivo obbligo di cooperazione in capo al Garante, più complesso e generico rispetto a quanto indicato al comma 4.

L'attività di informazione che deve pervenire dalla pubblica accusa al Garante sembra, infatti, essere correlata alla sola verifica dei reati posti ai commi 1, 2 e 3; diversamente, il Garante sarà tenuto ad informare il Pubblico Ministero ogniqualvolta presuma che si sia verificato un reato, al di là che quest'ultimo sia inquadrabile nella fattispecie di trattamento illecito di dati personali o, addirittura, di un reato *privacy*.⁵²⁴

⁵²³ Sulla questione in esame si veda DEAGLIO, *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy sotto la lente del ne bis in idem sovranazionale e della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2019, p. 204

⁵²⁴ Sul punto si veda DEAGLIO, *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy*, cit., p. 205

Inoltre, dalla lettura della disposizione sorge un ulteriore spunto di riflessione.

Il legislatore stabilisce che la documentazione del Garante deve pervenire al Pubblico Ministero entro il termine finale dell'attività di accertamento. Tuttavia, quale sia il destino del procedimento amministrativo successivamente al sopraggiungere del termine non è ben chiaro.

In altre parole, bisognerà domandarsi se quest'ultimo continuerà – come espressamente previsto nel caso degli illeciti amministrativi contemplati dal Testo Unico della Finanza – oppure se sarà destinato ad interrompersi.⁵²⁵

Risolutivo sul punto apparirebbe essere il sesto comma dell'art. 167, poiché quest'ultimo prevede espressamente che “*quando per lo stesso fatto è stata applicata a norma del presente codice o del Regolamento a carico dell'imputato o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria dal Garante e questa è stata riscossa, la pena è diminuita*”.

In tal senso, dunque, il legislatore italiano sembrerebbe voler contemplare allo stesso tempo l'imposizione di una sanzione amministrativa pecuniaria e l'applicazione della sanzione penale, seppur limitando quest'ultima per la parte già riscossa.

Vagliata, dunque, l'ipotesi di un duplice procedimento e di un altrettanto duplice sanzione, è necessario domandarsi se lo schema del doppio binario sanzionatorio sia di fatto conforme alla giurisprudenza maturata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito al divieto di *bis in idem*.

Preliminarmente, occorre ricordare che il principio di *ne bis in idem* (letteralmente non due volte per la stessa cosa) ha origini molto antiche. Taluni autori riconducono la sua nascita al 355 a.C. e, in particolare, ad un frammento dell'orazione di Demostene, in cui quest'ultimo affermava che “le norme legali vietano le stesse cose due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile”.⁵²⁶

⁵²⁵ Sul punto si veda DEAGLIO, *IBIDEM*. L'autrice richiama espressamente il criterio di specialità indicato all'interno dell'art. 9 della legge n.689/1981, ove si prevede che “*Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale*”. Inoltre, l'autrice sottolinea che quando il legislatore ha voluto derogare a tale principio, lo ha fatto espressamente, come, per l'appunto, è accaduto per il doppio binario sanzionatorio nell'ipotesi degli illeciti amministrativi TUF, che contemplano le medesime condotte dei reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato.

⁵²⁶ Sul punto si veda OROFINO, *Ne bis in idem*, cit., p. 1139, che richiama la citazione di Demostene riportata da KOSTOVA, *Ne/non bis in idem. Origine del “principio”*, in *Diritto @ Storia*, 2013, p. 11

Nel *Corpus iuris* giustiniano vennero riportate, altresì, due accezioni del principio: la prima, sul piano processuale, che imponeva il divieto di instaurare due volte lo stesso procedimento tra le stesse parti per la medesima questione e la seconda, sul piano sostanziale, che vietava di punire due volte il medesimo soggetto per un unico delitto.⁵²⁷

Nell'ordinamento moderno, il principio del *ne bis in idem*, sia sul piano processuale che sostanziale, è divenuto un fondamento dello Stato di diritto ed è stato progressivamente riconosciuto sia dalle codificazioni nazionali sia da atti, convenzioni e carte internazionali.

In tal senso, il principio in esame è rinvenibile, da un lato, all'interno dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo⁵²⁸, e dall'altro, all'interno dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,⁵²⁹ nonché in ulteriori fonti sovranazionali che hanno elevato a rango di diritto fondamentale il principio in esame.

Dunque, nell'ordinamento giuridico odierno, il rispetto del *ne bis in idem*, impone non solo il divieto per l'autorità giudiziaria nazionale di procedere nei confronti della medesima persona per lo stesso fatto⁵³⁰, ma anche di cooperare tra autorità di diversi Stati affinché il diritto non venga infranto dinanzi ad alcun giudice.

Il rischio di violazione del divieto di *bis in idem*, talvolta, si è posto nel raffronto tra le sanzioni penali ed amministrative, ma sostanzialmente penali, che la Corte Edu ha risolto mediante l'individuazione dei c.d. *Engel criteria*. In particolare, questi ultimi impongono la qualificazione di una sanzione penale, seppur denominata diversamente

⁵²⁷ Sul punto si veda ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, 1941, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, *Teoria generale del Processo. Procedura civile*, Giuffrè, 2007, p. 42 ss

⁵²⁸ L'art. 4 stabilisce che: "Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato."

⁵²⁹ L'art. 50 stabilisce che: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge".

⁵³⁰ L'art. 649 c.p.p. recita: "L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345"

Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo."

dal diritto interno, sulla base di uno scrutinio che tenga conto della natura dell'illecito unitamente alla natura e gravità della sanzione.⁵³¹

Il rischio che il doppio sistema sanzionatorio *privacy* sia sottoposto alla lente di ingrandimento della Corte appare, dunque, sicuramente plausibile, stante il carattere estremamente elevato delle sanzioni amministrative.

Già nella nota sentenza Grande Stevens, i giudici della Corte Europea avevano dichiarato che il procedimento avviato dinanzi alla Consob, insieme al parallelo procedimento penale, conduceva ad una violazione del divieto di *bis in idem*, stante, comunque, il carattere di sanzioni sostanzialmente penali che quest'ultima è chiamata ad irrogare.⁵³²

Tuttavia, con la sentenza A. e B. v. Norvegia,⁵³³ i giudici di Strasburgo hanno determinato un importante passaggio dal generale ed assoluto divieto di instaurare per il medesimo fatto due procedimenti indipendenti, alla possibilità di mantenimento dei due processi, purché quest'ultimi siano connessi nell'oggetto e nel tempo (*in substance and in time*), in modo che possano essere considerati come preordinati ad un'unica risposta punitiva. In particolare, la Corte ammette la legittimità di più procedimenti in *idem* se la duplicità stessa era prevedibile *ex ante*, se gli apparati sanzionatori hanno scopi differenti, se le due autorità procedenti hanno cooperato al fine di evitare una ripetizione nella raccolta delle prove e “soprattutto” se nella determinazione della seconda sanzione si è tenuto conto anche dell'altra.⁵³⁴

La Corte di Giustizia, tuttavia, è intervenuta nel 2018⁵³⁵, ribadendo il carattere di principio fondamentale del divieto di *bis in idem* nell'ordinamento giuridico moderno, in quanto riconosciuto sia all'art. 4 Protocollo 7 CEDU, sia all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ma specificando altresì le precise condizioni affinché il principio in esame possa subire parziali limitazioni.

⁵³¹ Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*

⁵³² Corte EDU, Grande Stevens e altri contro Italia depositata il 4.3.2014. La questione ha avuto ad oggetto il sistema del doppio binario previsto agli artt. 184 e ss. TUF, poiché il bene giuridico tutelato (trasparenza del mercato) e l'obiettivo perseguito (repressione dell'abuso di mercato) tra la disciplina amministrativa e penale erano i medesimi. La Corte ha, dunque, utilizzato gli *Engel criteria* ritenendo che le sanzioni amministrative irrogate dalla Consob fossero sostanzialmente penali.

⁵³³ Corte EDU, Grande Camera, A e B c. Norvegia, 15 novembre 2016 ric. n. 24130/11 e 29758/1

⁵³⁴ Sul punto si veda BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 12

⁵³⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16

In particolare, la questione che in questa sede aveva sollecitato l'intervento della Corte di Giustizia era connessa alla compatibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio espressamente consentito dal diritto interno, con l'art. 50 della CEDU, che impone che *“nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”*.

La Corte ha, in sostanza, provveduto a ribadire taluni concetti già affermati nella giurisprudenza eurounitaria: in particolare, definisce l'*idem factum* come identità dei fatti materiali, o ancora come identità del fatto storico, comprensivo altresì dell'evento naturalistico, indipendentemente dalla qualificazione giuridica o dal *nomen iuris* conferito per quel fatto dall'ordinamento interno.⁵³⁶

Successivamente, sottolinea la Corte, l'eventuale cumulo di sanzioni amministrative, ma sostanzialmente penali relative all'*idem factum*, non costituisce immediatamente una violazione del principio; infatti, esso può costituire una mera limitazione del diritto, purché, tuttavia, siano rispettati i requisiti previsti all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove è stabilito che: *“eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”*.

Le limitazioni, dunque, devono, in primo luogo, rispettare il principio di proporzionalità ed essere finalizzate al raggiungimento di un obiettivo generale che giustifichi il cumulo; in secondo luogo, devono essere contemplate da norme precise che rendano prevedibile l'applicazione del doppio sistema sanzionatorio; in terzo luogo le limitazioni devono rispettare il coordinamento tra procedimenti, in modo tale che siano il meno invasivi possibili gli oneri supplementari che sorgono da tale duplicazione procedimentale; infine, le limitazioni devono rispettare il principio di

⁵³⁶ Sul punto si veda GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 3/2018, p. 289

proporzione della pena, talché le sanzioni devono essere irrogate per la parte strettamente necessaria.⁵³⁷

Sulla base di tali brevi premesse, è possibile generalmente affermare che l'espressa previsione da parte del legislatore interno di un doppio sistema sanzionatorio, non corrisponde in maniera automatica ad una violazione del principio di *ne bis in idem*. Il vaglio sull'eventuale trasgressione del diritto a non vedersi instaurare nei propri confronti un secondo giudizio per *un idem factum*, va effettuato in concreto e dal giudice nazionale, tenendo ben a mente i criteri sviluppati dalla giurisprudenza europea.

E tornando, dunque, al fulcro della presente analisi, la questione della compatibilità tra l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria e penale dello schema del Codice Privacy merita di essere analizzata nei suoi punti più critici.

In primo luogo, nello schema del decreto si è tentato di arricchire le fattispecie incriminatrici di "elementi" volti a conferire loro maggiore selettività e specificità rispetto alle ipotesi integranti l'illecito amministrativo e si è proceduto alla depenalizzazione di ipotesi in cui la sovrapposizione con l'illecito amministrativo sarebbe risultata sicuramente inevitabile.

In tal senso, difatti, il legislatore ha inteso abrogare l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 169 del vecchio Codice Privacy, per l'adozione delle misure di sicurezza, ma ha ugualmente preferito mantenere l'ipotesi di cui all'art. 170, sanzionando dunque la generica inosservanza di provvedimenti del Garante.

In secondo luogo, sul piano procedimentale, la scelta legislativa è stata quella di determinare un coordinamento tra l'autorità giudiziaria penale e la corrispondente autorità amministrativa, tentando, dunque, di attenuare il rischio di violazione del principio di *ne bis in idem*, anche mediante l'obbligo di diminuire la pena prevista per l'illecito penale, qualora a carico dell'imputato sia già stata riscossa la sanzione amministrativa pecuniaria.⁵³⁸

Il meccanismo così delineato, in realtà, sembrerebbe la trasposizione, seppur con talune differenze, del corrispondente sistema coniato dal d.lgs. n. 58/1998, all'art. 187-

⁵³⁷ Sul punto si veda GALLUCCIO, *IBIDEM*

⁵³⁸ Sui punti critici si veda RESTA, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, p. 1032

terdecies. In tal senso, è previsto che la riscossione della pena pecuniaria è limitata alla parte già incassata dall'Autorità amministrativa.

Tuttavia, la differenza tra il sistema dei reati *privacy* e quello delineato dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria consiste nel fatto che, nel primo caso il legislatore non ha preveduto quale sanzione penale quella pecuniaria, e dunque, difetta, a monte, quell'omogeneità tra sanzioni che consente l'operatività di un tale istituto.⁵³⁹ Inoltre, nel meccanismo rinvenibile nell'art. 187-*terdecies* si allontana dal corrispondente sistema delineato nel Codice Privacy, altresì su un successivo punto: nel primo, ambedue le Autorità dovranno considerare le sanzioni che già sono state inflitte nel procedimento che si è concluso per primo e divenuto definitivo; nel secondo, invece, l'obbligo incombe sulla sola Autorità Giudiziaria, cosicché nessun bilanciamento verrà effettuato nell'ipotesi in cui quest'ultima concluda il procedimento penale prima che giunga a termine quello amministrativo.⁵⁴⁰

Volgendo poi lo sguardo agli (elastici) criteri definiti dalla Corte europea, sebbene appaia piuttosto soddisfatto il criterio della prevedibilità della duplice risposta punitiva, qualche dubbio si manifesta sulla necessità che gli impianti sanzionatori perseguano scopi diversi: infatti, la rigidità delle sanzioni amministrative sembrerebbe riconducibile a quello scopo retributivo e punitivo tipico della sanzione penale.

E, allo stesso modo, nulla è stabilito sulla necessità di evitare inutili duplicazioni sulla raccolta di prove e materiale probatorio, talché, su quest'ultimo punto, sarà il caso concreto a rivelarne la conformità o meno ai principi eurounitari.

⁵³⁹ Sul punto si veda RESTA, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, cit. p. 1033

⁵⁴⁰ Sul punto si veda DEAGLIO, *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy*, cit. p. 209

RILIEVI CONCLUSIVI

La struttura della società è divenuta, negli ultimi decenni, particolarmente complessa. Accantonata in parte la delineazione gerarchica delle funzioni, le imprese societarie di grandi dimensioni prediligono una diversificazione delle competenze orizzontali, dove, con frequenza, diventa un affare piuttosto complicato individuare in maniera puntuale i compiti di ciascun soggetto.

In aggiunta a quanto detto, la moltitudine dei centri decisionali e la capacità dei singoli individui di attuare la volontà dell'ente di appartenenza si presenta come un ulteriore problema con cui il diritto penale oggi è chiamato a fare i conti.

Non può più essere accolta, infatti, l'aprioristica esclusione della responsabilità penale degli enti, società ed associazioni: tali soggetti possono e spesso vogliono delinquere. Se inizialmente, invero, il legislatore delegato del 2001 si era limitato ad inserire nel catalogo dei reati presupposto le sole ipotesi corruttive *latu sensu* intese, la fenomenologia criminale ha reso evidente la necessità di estendere il catalogo, includendo ulteriori ipotesi di reato, si pensi, in via esemplificativa, ai reati societari, ai reati informatici e da ultimo, ai reati tributari.

Come se ciò non bastasse, a giustificare la scelta del legislatore va anche annoverata la politica d'impresa adottata dalle persone giuridiche. I soggetti, difatti, in base alla qualifica soggettiva che rivestivano, dirigevano finalisticamente la condotta alle necessità proprie della società, e dunque, agivano nell'interesse o a vantaggio dell'ente di appartenenza, accettando il rischio della commissione del reato.

Onde evitare che il rimprovero penale venga oggettivamente mosso nei confronti della sola persona fisica, il d.lgs. 231/2001 impone, oggi, il rispetto di una complessa e ricca disciplina che contempla la predisposizione di una serie di prerogative volte a prevenire e gestire il rischio di commissione di reati all'interno della società.

Ci si riferisce per la precisione all'adozione e all'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione (conciati sulla base dei *Compliance Programs* statunitensi). Questi ultimi sono strumenti *sui generis* che consentono di ridurre o eliminare la responsabilità penale della *societas*, a seconda del momento in cui vengono adottati. Se infatti il MOG viene predisposto e attuato prima della commissione del reato e quest'ultimo sia il frutto dell'elusione fraudolenta da parte dell'autore dello stesso, il

fatto criminoso risulta non ascrivibile all'ente e dunque questo non sarà passibile di sanzione penale. Diversamente, se il MOG viene adottato solo dopo la commissione del fatto-reato, l'azione tempestiva dell'ente, fatta salva la sua responsabilità penale, consente semplicemente di ridurre o eliminare la sanzione.

A distanza di oltre un decennio dal decreto legislativo 231/2001, il legislatore è intervenuto nuovamente – anche in questo caso, in chiave squisitamente preventiva – sul contrasto e la lotta alla corruzione imponendo, a monte, l'adozione del Piano Nazionale Anticorruzione e, a valle e in maniera decentrata, l'adozione dei Piani Triennali di prevenzione della corruzione e trasparenza.

Nel corpo della L.190/2012, pur essendo state riformulate talune fattispecie incriminatrici e introdotte nuove ipotesi delittuose, maggior interesse acquisisce proprio il sistema di prevenzione, volto a individuare strumenti, metodi e tecniche che siano in grado di percepire i sintomi di *maladministration* e ridurre l'incidenza di fenomeni patologici di tal genere.

Nell'ambito della lotta alla corruzione, la Legge Severino ripropone alcuni elementi tipici della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.

Anche in questa sede, infatti, un ruolo centrale è riservato all'individuazione, analisi e gestione del rischio corruttivo nonché all'adozione di modelli che, non solo siano in grado di riconoscere “segnali d'allarme”, ma siano volti, altresì, a promuovere la cultura della legalità nel settore pubblico e il ritorno al rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione. Benché redatti in momenti diversi, il modello 231 degli enti e il sistema di prevenzione della corruzione condividono, in parte, le medesime finalità: in entrambe le ipotesi, il legislatore, al fine di arginare il fenomeno della corruttela, ha imposto penetranti obblighi a talune categorie di soggetti, chiamate a dare attuazione ad entrambe le discipline.

In tal senso, le società in controllo pubblico, le società pubbliche partecipate e gli enti pubblici nazionali, presentando profili connessi ad entità sia pubbliche che private, divengono destinatari di un duplice obbligo: da un lato, rientrano ampiamente tra i soggetti che la giurisprudenza e la dottrina richiamano per quanto attiene alla disciplina

231, dall'altro, sono annoverati nel catalogo di enti a cui sono destinate le prescrizioni proprie della normativa anticorruzione e trasparenza.

Tuttavia, il duplice obbligo di attuazione delle discipline in esame si caratterizza come un onere tutt'altro che semplice.

Tali categorie di enti, infatti, sono tenute a redigere un modello c.d. "integrato" che tenga ben a mente le specificità proprie delle normative di settore nonché degli strumenti di *soft law*, i quali assumono un'efficacia differente a seconda che provengano dalle associazioni rappresentative degli enti ovvero dall'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Un'ulteriore criticità concerne il costo dell'adozione di un efficace strumento di *compliance*. Invero, se le persone giuridiche di grandi dimensioni ed elevati fatturati sono in grado di sostenere agevolmente il prezzo del modello integrato, lo stesso non si può dire delle piccole-medie imprese, tipiche del panorama economico italiano.

Oltretutto, il sacrificio economico per la predisposizione e attuazione del modello organizzativo, non garantisce un'inequivocabile esclusione di responsabilità penale, quest'ultima comunque sottoposta al vaglio dell'organo giudicante.

Senonché, gli obblighi giuridici facenti capo alle strutture complesse tendono, oggi, ad estendersi enormemente.

L'evoluzione tecnologica, infatti, sta traslando la vita di qualsiasi soggetto in una dimensione digitale. Oggigiorno, la quotidianità, le abitudini, i gusti e le opinioni personali si esercitano mediante la proiezione dell'io in una "*digital society*", dove oggetto di scambio sono le informazioni, private o pubbliche, che circolano e si allontanano, sempre con maggior rapidità, dalla sfera di protezione e controllo di chi ne risulta legittimo proprietario.

Questa metamorfosi, a tratti impercettibile, ha giustificato un intervento celere del legislatore europeo, il quale, cosciente di aver adempiuto ad un obbligo morale e giuridico divenuto improcrastinabile, ha tentato di regolare puntualmente la protezione dei dati personali da parte delle aziende private e pubbliche.

Queste ultime, invero, nello svolgimento della propria attività, si servono con sempre più frequenza, di dati personali, al fine di fornire beni e servizi in maniera sempre più efficiente.

Le imprese e le autorità pubbliche, in qualità di primi destinatari del Regolamento europeo 679/2016, non hanno potuto, dunque, limitarsi ad un mero adeguamento alle disposizioni di legge, ma sono state chiamate a rinnovare le priorità di programmazione aziendale, mutando il fulcro degli interessi primari dell'azienda, in modo da assicurare un adeguato livello di sicurezza, adottare un approccio basato sulla gestione del rischio, valutare le minacce incombenti ed infine, adottare strumenti di contrasto e d'intervento necessari.

Nel complesso, il Regolamento europeo 679/2016 costituisce un insieme di regole, uniformemente applicate in ogni Stato Membro, che ha uniformato la gestione e protezione dei dati personali da parte delle aziende ed ha imposto, altresì, un adeguato coordinamento con i modelli di prevenzione già contemplati dall'ordinamento interno. La legislazione sul trattamento dei dati personali e i modelli organizzativi degli enti, nonché il complesso meccanismo del Piano Anticorruzione, convergono su più punti. In particolare, le tre normative di settore sono rivolte al c.d. *risk – based approach*, e alla conseguente gestione di quest'ultimo da parte di un organo a cui sono attribuiti profondi obblighi di sorveglianza.

Su quest'ultimo punto, i soggetti preposti al controllo e alla gestione del rischio, seppur destinatari di regimi di responsabilità differenti, rafforzano l'etica della legalità e stimolano le strutture di cui fanno parte a dotarsi di tutte quelle cautele necessarie al fine di prevenire e minimizzare il rischio.

Sebbene la disciplina in esame abbia imposto ingenti obblighi ed esigenze di rinnovamento radicale nella struttura aziendale, talvolta difficilmente esigibili da parte di strutture medio-piccole, ha in parte contribuito a rendere più affidabili le procedure di gestione dei rischi.

In tal senso, infatti, sta iniziando ad emergere che la gestione dei dati, più che uno stressante obbligo posto a carico delle società o delle Pubbliche Amministrazioni, può rappresentare un'opportunità sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché, in via esemplificativa, la ricezione di numerose informazioni, soprattutto a carattere personale, rende più facilmente monitorabile e arginabile il rischio di corruzione.⁵⁴¹

⁵⁴¹ Sul punto si veda BIRRITTERI, *Big data Analytics e compliance anticorruzione. Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2/2019, p. 290

Nella stessa direzione, inoltre, si muovono le esigenze che hanno spinto l'ordinamento ad imporre il rispetto della trasparenza nell'attività della pubblica amministrazione: il principio in esame funge da strumento cardine per la prevenzione della corruzione e allo stesso modo, seppur trovandosi al polo opposto, il GDPR imponendo un controllo effettivo sul complesso delle informazioni, consente di vigilare sulle eventuali condotte che potrebbero rilevare penalmente.

Senza alcun dubbio, tuttavia, diversi sono i profili di criticità che si pongono nella triplice applicazione degli obblighi imposti dalle discipline di settore.

In primo luogo, gli enti sono chiamati a dare attuazione a normative che, seppur similari per quanto attiene all'analisi e gestione del rischio, richiedono l'adempimento di obblighi sempre più specifici e di profili di responsabilità eccessivamente eterogenei.

In secondo luogo, e con riguardo soprattutto agli enti pubblici, quest'ultimi sono chiamati a bilanciare la normativa in tema di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione con il contestuale obbligo di riservatezza sui dati personali.

In tal senso, l'equilibrio tra i due interessi contrastanti, tuttavia, non è stato delineato dal legislatore in maniera puntuale, ragion per cui saranno le specificità del caso concreto ad offrire un banco di prova.

In definitiva, la complessità e la diversità dei meccanismi di prevenzione nonché l'impiego sempre più frequente di tali strumenti nei diversi rami del diritto, richiederebbe un intervento, *de lege ferenda*, che sia idoneo a snellire e coordinare i modelli che gli enti pubblici e privati sono chiamati ad attuare.

BIBLIOGRAFIA

ABETI, *L'accesso ai dati personali*, in CENDON (a cura di), *Trattato dei nuovi danni, Malpractice medica, prerogative della persona, voci emergenti della responsabilità*, Padova, 2011

ALDROVANDI, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ, 1995

ALESSANDRI – SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Vol. I, Giappichelli Editore, Torino, 2018

ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2005

ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, in Giuffrè Editore, 1984

ALTAVILLA, *influssi del progresso tecnico sulla criminalità*, in: "S.P.", 1960

AMARELLI, *mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in Riv. Trim. dir. Pen. Ec., 2003

AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistematica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, Criminalia, Annuario di scienze penalistiche, 2019

ANDREAZZA-PISTORELLI, *Una prima lettura della l.6 novembre 2012, n.190 (Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte

di Cassazione, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 20 novembre 2012

ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, 1941, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, *Teoria generale del Processo. Procedura civile*, Giuffrè, 2007

ARAGONA, *La tutela penale della privacy nel cyberspazio*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2019

ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2014

BARBAROSSA, *Il ruolo privacy dell'organismo di vigilanza: una soluzione poco conveniente*, www.riskcompliance.it, articolo 05/2019

BARILE, *Democrazia e segreti*, in *Quod*, cost., 1987

BARRACO, SITZIA, JACOBUCCI, RIZZATO, *Adeguamento al GDPR: sanzioni e regime transitorio*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 47-48/2018

BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in MATTARELLA-PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013

BARTOLOMUCCI, *Corporate Governance e responsabilità delle persone giuridiche*, Milano 2004.

BARTOLOMUCCI, *Le linee guida di ANAC per le società in mano pubblica: un'occasione mancata per l'enforcement della normativa su anticorruzione e trasparenza*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2015

BASTIA, *implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle Aziende*, (del dattiloscritto)

BENUSSI, *i delitti contro la pubblica amministrazione*, CEDAM, 2013

BERTI SUMAN, *Il diritto alla cancellazione*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati tra libertà e regole del mercato, Commentario al regolamento UE n.679/2016 e al d.lgs. 101/2018*, Giuffrè Editore, Milano

BERTOLINI, *Brevi note sulla responsabilità da reato degli enti e delle persone giuridiche negli Stati Uniti: in particolare, le federal sentencing guidelines*, Foro Ambrosiano, 2003

BETTIOL, *Diritto penale parte generale*, Padova, XI edizione, 1982.

BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in ID., *Scritti giuridici 1966 – 1980*

BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1963

BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in Sistema Penale, 2020

BIRRITTERI, *Big data Analytics e compliance anticorruzione. Profili problematici delle attuali prassi applicative e scenari futuri*, in Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo, 2/2019

BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in La rivista di diritto dei media, 3/2018

BRANCA – PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1991

BRECEVICH-MARTORANA, *La valutazione d'impatto*, in MARTORANA (a cura di), *GDPR e decreto legislativo 101/2018, Vademecum del professionista: obblighi, adempimenti, strumenti di tutela*, CEDAM, Milano, 2019

BRECEVICH-MARTORANA-DOMINICI, *Mezzi di ricorso e sanzioni amministrative*, in MARTORANA (a cura di), *GDPR e decreto legislativo 101/2018, Vademecum del professionista: obblighi, adempimenti, strumenti di tutela*, CEDAM, Milano, 2019

BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1970

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I; *Nozioni ed aspetti costituzionali* 1965

BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 2007

BRICOLA, *teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1973

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, *Novissimo digesto italiano*, Torino, Terza edizione, 1957, Volume XIX

CALIFANO, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in CALIFANO-COLAPIETRO (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoria Scientifica, 2014

CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019

CALZOLARI, *GDPR, valutazione dei rischi privacy e misure di sicurezza*, in www.agendadigitale.eu, sett. 2018

CANAPARO, *Piano anticorruzione (Pna): parte la pianificazione a livello decentrato*, in Guida al diritto, Sole 24ore, 2013

CANTONE-CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018

CANTONE, *il contrasto alla corruzione, il modello italiano*, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 2018

CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo, 2017

CANZIO –CERQUA – LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014

CARCANO, *Novità legislative: L.6 novembre 2012, n.190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*. In Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, Rel. N. III/11/2012

CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo I*, II edizione, Milano, 2003

CARLONI, *L'anticorruzione tra prevenzione, manette e buon senso*, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 2019

CARLONI-FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, il Mulino Riviste web, 3/2017

CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell'economia, mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Cedam, 2002

CASTRONUOVO, DE SIMONE, GINEVRA, LIONZO, NEGRI, VARASSO, *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, IPSOA, 2019

CICLOSI, *La normativa europea e italiana in materia di protezione dei dati personali*, in PIGLIAPOCO (a cura di) *La protezione dei dati e la gestione del rischio nella pubblica amministrazione, un approccio unificato nel contesto del GDPR e del framework europeo di sicurezza cibernetica*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019

CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in MATTARELLA-PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013

CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica, verso un modello di contrasto integrato*, Itinerari di diritto penale, DOLCINI, FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, SGUBBI (collana diretta da), Giappichelli Editore, Torino, 2012

CLARICH-MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione, La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, in MATTARELLA-PELLISSERO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2013

CLINARD, *Illegal Corporate Behavior*, 1979

CODIGLIONE, *La tutela della riservatezza*, in SICA-ZENCOVICH, *Manuale del diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2019

COLAPIETRO, *i principi ispiratori del regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *federalismi.it*, n.22/2018

COSTA, *I modelli 231 e la compliance aziendale sulla tutela dei dati personali. Aspetti comuni e divergenze a quattro anni di distanza dall'entrata in vigore del GDPR*, in *Giurisprudenza penale*, 2020

COSTANTINI, *il regolamento UE 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *il lavoro nella giurisprudenza*, n.6/2018

D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali nel riformato quadro normativo: un primo commento al d.lgs. 10 luglio 2018, n. 101*, in *Archivio Penale*, n.1/2019

D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2019

D'ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design* in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Milano, 2016

DAVIGO – MANNOZZI, *La corruzione in Italia, percezione sociale e controllo penale*, Editori Laterza, 2007, Bari

DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Editori Laterza, Bari, 2017

DAVOLI, *anticorruzione, trasparenza e 231*, IPSOA, 2019

DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1973

DE MAGLIE, *l'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Giuffré Editore, Milano, 2002

DE ROSA-MERLONI, *Le funzioni in materia dell'anticorruzione all'ANAC, La nuova autorità nazionale anticorruzione*, in CANTONE-MERLONI (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2015

DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2012

DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, profili storici, dogmatici e comparatistici*, Jura, 2012

DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in Jura, 2010

DE VERO, *La responsabilità, penale delle persone giuridiche*, Giuffré, Milano, 2008

DEAGLIO, *Il compendio sanzionatorio della nuova disciplina privacy sotto la lente del ne bis in idem sovranazionale e della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2019

DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo: il regolamento generale 2016/479 (e le direttive sul trattamento dei dati in ambito penalistico)*, Giappichelli, Torino, 2019

DI DONATO, *La corruzione e l'approccio comportamentale: una nuova prospettiva di ricerca?*, in *Amministrazione in cammino*, 5 maggio 2016

DI GIOVINE, *lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, in reati e responsabilità degli enti, guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, LATTANZI (a cura di), Giuffré editore, Milano, 2010

DI LASCIO-NERI, *i poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.4/2015

DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in CUFFARO-RICCIUTO-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, Milano, 1998

DI NOTA, *la responsabilità amministrativa da reato degli enti nei gruppi di società*, in *Giurisprudenza penale*, 2017

DI PIETRO, *La compliance integrata alla luce delle possibili confluenze tra GDPR e Legge 231: prospettive di breve, medio e lungo periodo*, in *Mondo 231*, 14/11/2019
Documento di consultazione del PNA 2019/2021, consultabile su www.anticorruzione.it

DOLCINI, *la legge 190/2012: Contesto, linee d'intervento e spunti critici*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2013

DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio. Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999

Evoluzione e caratteri generali del diritto penale italiano su www.giappichelli.it

FACCIOLI-CASSARO, *il “GDPR” e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in *Il diritto industriale*, IPSOA, 6/2018

FACONDINI, *La clausola di c.d. pantouflage nella legge anticorruzione*, in *Diritto.it*, 2017

FALCONE, *La big data analytics per conoscere, misurare e prevenire la corruzione*, in GNALDI- PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi*, Milano, 2018

FARALLI, *il diritto alla privacy. Profili storico-filosofici*, in ZORZI GALGANO (a cura di), *persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, CEDAM, Milano, 2019

FARES, *La responsabilità dell’ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004

FEBBRAI, *L’infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, CERQUA (a cura di), CEDAM, Padova, 2009

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli Editore, Bologna, VIII edizione, 2019

FIANDACA-MUSCO, *La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, *Diritto penale parte speciale*, Vol. I, Addenda, Zanichelli Editore, Torino, 2013

FILOSA, *È possibile un bilanciamento tra trasparenza amministrativa e privacy?*, in *Privacy.it*

FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio del quadro dei diritti della personalità*, in RESTA, ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Consumatori e mercato, Roma, 2015

FINOCCHIARO, *il principio di accountability*, in CATERINA (a cura di), *GDPR tra novità e discontinuità, Dottrina e attualità giuridiche*, Giurisprudenza italiana, UTET, 12/2019

FIorentino, *Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2018

FLICK, *Profili attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1983

FROSALI, *Diritto penale*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, Terzo edizione, 1957, Volume XII

GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art 57, n.1, C. Pen., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, Riv. It. Dir. Pen. 1956

GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 3/2018

GALLUS, *la notificazione e la comunicazione di una violazione dei dati personali*, in CASSANO, COLLAROCCO, GALLUS, MICOZZI (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR, aggiornato al d.lgs. 10 agosto 2018 n.101*, Giuffré, Milano, 2018

GAMBARDELLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in Archivio penale, gennaio-aprile 2013

GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione* in AA.VV., *il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), Bonanno Editore, Catania, 2011

GANDINI, *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali, gli strumenti del Consiglio d'Europa*, in Rivista 231, 2009

GARBAGNATI, *parte civile e reati societari*, in CANZIO, CERQUA, LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, CEDAM, Milano, 2016

GARLASCHELLI, *La corruzione nel settore pubblico. La legge n.190/2012, Prevenzione reati nelle società, enti e p.a., normativa e modelli organizzativi*, BRAMIERI-GARLASCHELLI-SANTORO, Wolters Kluwer Italia, s.r.l., Milano, 2018

GAROFOLI, *il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la L. 6 novembre 2012, n.190, e le politiche ancora necessarie*, in Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo, 22 febbraio 2013

GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Rivista 231, 03/2007

GENNAI – TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2001

GENNARO, *Il controllo di qualità delle attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello di organizzazione, gestione e controllo, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Rivista 231, 02/2009

GIOVANNANGELI, *la violazione dei dati o data breach*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati tra libertà e regole del mercato, Commentario al regolamento UE n.679/2016 e al d.lgs. 101/2018*, Giuffré Editore, Milano, 2019

GRISPIGNI, *Espiazione e difesa nel nuovo Codice Penale germanico*, estratto dagli "Studi per Romano", 1939

GROSSI, *L' "invenzione" del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017

GROSSO, *l'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli; il progetto anticorruzione Mani Pulite fra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. Pen.*, 1994

GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Terza Edizione, Giuffré Editore, 2020

GROSSO, *Responsabilità penale*, in *Nss. Dig. It.*, Utet, vol XV, 1968

GRUNER, *Corporate crime and sentencing*, 1994

GUASTALLA, *il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa/Europa*, n.1/2018

Guidelines on Personal data breach notification under Regulation 2016/679 aggiornate al 20/08/18 sono consultabili anche nella versione italiana sul sito www.ec.europa.eu

HAYO, *L'incertezza e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite*, in *Archivio Penale*, 11-2019

IELO, *Compliance programs: natura e funzioni nel sistema della responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/2001*, in *Rivista* 231, 2006

IMPERIALI, *whistleblowing e privacy: come trattare i dati “soffiati”*, in www.aodv231.it, 2011

JAMIESON, *The organization of Corporate Crime. Dynamics of Antitrust Violation*, 1994

JESCHECK, *Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht*, in *ZStrR* 70 (1955)

KOSTOVA, *Ne/non bis in idem. Origine del “principio”*, in *Diritto @ Storia*, 2013

LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali. Codice privacy, novità introdotte dal regolamento UE 2016/679 e nuove responsabilità per gli enti*, in *JusOnline*, n.1/2017

LEONE, *Elementi di diritto e procedura penale*, Quinta edizione, Napoli, 1983
Linee Guida del 2017 n.1134

LINEE GUIDA recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013

LINEE GUIDA del Gruppo Articolo 29 in materia di valutazione di impatto sulla protezione dei dati (WP248)

LORÈ, *Il trattamento dei dati personali nella pubblica amministrazione tra Open data, Big data e privacy*, in *Ratio Iuris*, 2019

LUDERSSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht*

MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in *La legge Anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, in MATTARELLA – PELISSERO (a cura di Torino), 2013

MANACORDA, *Decreto 231 e legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico*, in *Rivista 231*, 04/2014

MANACORDA, *Modello di organizzazione e di gestione ex decreto 231 e adempimenti anticorruzione e sulla trasparenza: una convivenza problematica*, in *Rivista 231*, 01/2017

MANES-MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice privacy*, in *diritto penale e processo*, 2/2019

MANNA, *Il trattamento dei dati personali: le sanzioni penali*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001

MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffr , Milano, 2020

MARINUCCI – ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di societ  per azioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971

MARINUCCI, *“Societas puniri potest”*: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003

MARINUCCI, *La responsabilit  penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007

MARTONE, *Il ruolo della commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.* 2010

MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium iuris*, 9/2018

MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2013

MELCHIONDA, *Corruzione tra privati*, in *Giur. It.* 2012

MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Diritto penale e processo*, 2013

MIRONE, *il dato personale: cos'è e come trattarlo*, in MARTORANA (a cura di), *GDPR e decreto legislativo 101/2018, Vademecum del professionista: obblighi, adempimenti, strumenti di tutela*, CEDAM, Milano, 2019

MOCCIA, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1996

MONGILLO, *le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2016

MONTANARO, *Il diritto di accesso ai dati personali e il diritto di rettifica*, in PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati tra libertà e regole del mercato, Commentario al regolamento UE n.679/2016 e al d.lgs. 101/2018*, Giuffrè Editore, Milano

MUSCO, *le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. Giust.*, 2001

NUCCI, *Protezione dei dati personali e GDPR: dai precetti giuridici ai processi organizzativi*, IPSOA, 2018

NUVOLONE, *le leggi penali e la Costituzione*, 1953. ID., *Norme penali e principi costituzionali*, *Giur. Costit.*, 1956

ORESTANO, *“persona” e “persone giuridiche” nell’età moderna*, in *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, 1978

ORLANDO, *I limiti della tutela penale del trattamento illecito dei dati personali nel mondo digitale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2019

OROFINO, *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l’adozione del GDPR*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Il Mulino – rivisteweb, ottobre-dicembre 2019, n. 4

PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana “Mani Pulite”*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1997

PAGLIARO, *profili dommatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967

PALAZZO, *Corruzione, concussione e dintorni, una strana vicenda*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 1/2012

PALAZZOLO, *Dati personali nella PA, compliance e accountability*, in *ius in itinere*, 2019

PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in Corr. Giur., 2001

PAMBIANCO, *Il nuovo regolamento privacy e punti di integrazione con il modello 231*, in Rivista 231, 3-2016

PANSARELLA-PAMBIANCO, *UNI ISO 37001:2016 – L'integrazione con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012*, in Rivista 231, 02/2017

Paper “sulla qualificazione giuridica dell’OdV” dell’Associazione dei componenti degli Organismi di Vigilanza e del d.lgs. 231/2001, consultabile sul sito www.aodv.it, del 21/03/2019

Parere sulla qualifica soggettiva ai fini privacy degli Organismi di Vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali del 12/05/2020, consultabile su www.garanteprivacy.it

PARISE, *Tutela privacy: il reclamo al Garante, che cos’è e come farlo*, articolo consultabile su www.cybersecurity360.it , 4 giugno 2019

PASCULLI, *Responsabilità penale degli enti*, Estratto da Digesto Online, 2018

PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002

PEDRAZZI, *Millantato credito, traffic d’influence, influence peddling*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1968

PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ., 1998

PELINO, in AA.VV., *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2016

PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, vol. I, tredicesima edizione, a cura di GROSSO, Giuffrè, Milano, 2007

PELISSERO, *i delitti di corruzione*, in GROSSO-PELISSERO (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2015

PERINU, *La privacy e la vigilanza sul modello 231. Quale ruolo per l'Organismo di Vigilanza?*, in AODV 231, 2015

PETRILLO, *Il responsabile della prevenzione ex L. 190/2012 e l'organismo di vigilanza ai sensi del D.Lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?*, in Rivista 231, 01/2014

PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, Giuffrè editore, Riv. It. Dir. Pen., 1950

PETTINARI, *L'Autorità nazionale anticorruzione: consulente, regolatore, controllore e organo sanzionatore nel "sistema" anticorruzione. L'efficacia giuridica delle diverse tipologie di deliberazioni dell'Autorità*, in CERIONI-SARCONE (a cura di) *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, con le novità della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Giuffrè, Milano, 2019

Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy, Dicembre 2011, B.1.29.

PIERGALLINI, *I modelli organizzativi, Reati e responsabilità degli enti, Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n.231*, LATTANZI (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2010

PIRAINO, *I diritti dell'interessato nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in CATERINA (a cura di), *GDPR tra novità e discontinuità, Dottrina e attualità giuridiche*, Giurisprudenza italiana, UTET, 12/2019

PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 2/2017, CEDAM

PISTORELLI, *Relazione Ufficio del Massimario Cassazione*, n. III/01/2013 del 22 agosto 2013

PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, Giappichelli, 2011

PIZZETTI, *privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali, dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*, Giappichelli editore, 2016

PRESUTTI – BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, Milano, 2018

Proposte in materia di prevenzione e di illecito finanziamento ai partiti, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994

PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione*, in TRIMARCHI (a cura di), *Rappresentanza e responsabilità degli enti collettivi*, Giuffré Editore, Milano, 2007

PULITANÒ, *Legge anticorruzione (l.6 novembre 2012, n.190)*, in Cass. Pen., 2012, Supplemento al volume LII -novembre 2012, n.11

Raccomandazione N.R. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – 20 ottobre 1988, in Riv. Trim. Dir. Pen. Ec., 1991

Rapporto GRECO di valutazione dell'Italia, Tema I Incriminazioni, Terzo ciclo di valutazione, Strasburgo, 20-23 marzo 2012, n.98, www.giustizia.it

Relazione al Re sul Codice penale, in Lavori preparatori

Resoconto per l'anno 2020, consultabile al sito www.clusit.it, stilato dall'associazione italiana per la sicurezza informatica

RESTA, *I reati in materia di protezione dei dati personali*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Cybercrimes*, Utet giuridica, 2019

RICCIO, *Data protection officer e altre figure*, in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Milano, 2016

RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009

RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012

RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995

ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 cod. pen., Commentario sistematico*, Giuffrè Editore, Milano, 2015

ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1995

RUFFINI GANDOLFI, *Diritto alla riservatezza*, in Digesto online, 1990

SALERNO, *il nomos dell'invisibile*, in RIMOLI-SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere*, Roma, Carocci, 2006

SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004

SARCONE, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e il coordinamento con la valutazione della performance*, in CERIONI-SARCONE (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, con le novità della l. 9 gennaio 2019, n.3*, Giuffrè Editore, Milano, 2019

SARZANA, *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest: una "gatta" legislativa frettolosa*, in *Diritto penale e processo*, 2008

SAVINO, *Il FOIA italiano, la fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2016

SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, in *Archivio penale*, 1/2020

SCAROINA, *societas delinquere potest, il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè Editore, Milano, 2006

Scheda informativa Garante della privacy, Doc. Web 4535524 del 25/05/2018

SCHWARTZ, *the Myth of the Ford Pinto Case*, 43 Rutgers L. Rev., 1990-1991

SCIULLO, *l'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, MATTARELLA – PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013

SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in MATTARELLA-PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Torino, 2013

SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE - MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, Il Mulino, 2016

SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in Dir. Pen. Proc., 2013

SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in Archivio penale, fasc. 3, sett-dic. 2016

SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002

Sito istituzionale del Garante Privacy consultabile su www.garanteprivacy.it nella sezione "Reclamo".

SOLINAS, *Tutela penale della privacy dopo il GDPR: la frettolosa giustapposizione delle fonti è scaturigine di un sistema farraginoso, che crea confusione*, in Resp. Civile e previdenza, gennaio 2020, fascicolo 1

SPAGNOLO, *lineamenti di una categoria dei fatti estintivi del diritto penale*, Napoli, 1963

SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Giuffré editore, 1966.

STANZIONE, *Genesi ed ambito di applicazione*, in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM., Milano, 2016

STANZIONE, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in Europa e dir. priv., 2016

STELLA, *Criminalità d'impresa, lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. Trim. dir. Pen. Ec., 1998

TAGLIARINI, *Millantato credito*, in Enc. dir., XXVI, Milano, 1976

TARTAGLIONE, *Il whistleblowing nel settore pubblico. I meccanismi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, in CERIONI-SARCONE (a cura di), *legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, con le novità della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, Giuffré editore, Milano, 2019

TIEDEMANN, *la responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, Riv. It. Dir. Proc. Pen, 1995

TOSI, *Trattamento illecito dei dati personali, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale alla luce dell'art. 82 del GDPR UE*, in *Danno e responsabilità*, 4/2020

TRANFAGLIA, *Mafia, politica e affari. 1943-91*, Laterza, Bari, 1992.

VALENSISE, *L'organismo di vigilanza ex. d. lgs. n. 231/2001: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Mulino – Riviste Web, Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2/2009

VANDEKERCKHOVE, *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility. A Global Assessment*, Burlington, Ashgate 2006

VASSALLI, *la potestà punitiva*, Torino, 1942

VIGLIAR, *Data breach e sicurezza informatica*, in SICA, D'ANTONIO, RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, CEDAM, Milano, 2016

WARREN - BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Vol IV, Boston 15 dicembre 1890, n.5. Il testo completo del saggio può essere reperito su www.groups.csail.mit.edu.