

LINEE GUIDA EX D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N.231*

ASSOSIM

*Le presenti Linee guida, giudicate adeguate e idonee ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 231/01 dal Ministero della Giustizia in data 12 maggio 2011, sono state redatte nell'ambito del Gruppo di lavoro specialistico Assosim "Linee Guida 231", in collaborazione con gli avvocati Giorgia Lanza e Claudio Elestici dello studio legale R&P *Legal*.

LINEE GUIDA EX D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N.231

INDICE

SEZIONE I – PARTE GENERALE	pag. 4
Introduzione	pag. 4
1. I reati di cui al D.Lgs. 231/2001	pag. 6
2. Le sanzioni	pag. 8
3. Soggetti la cui condotta criminosa può fondare la responsabilità amministrativa dell'ente	pag. 10
4. Il vantaggio o l'interesse dell'ente	pag. 11
5. I problemi connessi alla responsabilità dei gruppi di imprese	pag. 12
5.1. Gli orientamenti giurisprudenziali	pag. 12
5.2. I Modelli Organizzativi delle società del gruppo	pag. 13
6. Esenzione da responsabilità: il Modello Organizzativo	pag. 15
6.1. La metodologia per la realizzazione e l'aggiornamento periodico del Modello Organizzativo	pag. 15
6.2. Il contenuto del Modello Organizzativo	pag. 17
7. L'Organismo di Vigilanza	pag. 22
7.1. I compiti dell'Organismo di Vigilanza	pag. 22
7.2. I requisiti dell'Organismo di Vigilanza e dei suoi componenti	pag. 23
7.3. La composizione dell'Organismo di Vigilanza	pag. 24
7.4. La nomina e la revoca dell'Organismo di Vigilanza	pag. 27
7.5. La responsabilità imputabile ai membri dell'Organismo di Vigilanza	pag. 27
8. Il codice etico	pag. 29
SEZIONE II - PARTE SPECIALE	pag. 31
SCHEDE RELATIVE AI REATI RICHIAMATI DALLA DISCIPLINA DEL D. LGS. 231/01	
ART. 24 DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01	pag. 31
<i>Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico</i>	
ART. 24-BIS DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01	pag. 42
<i>Delitti informatici e trattamento illecito dei dati</i>	
ART. 24-TER DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01	pag. 69
<i>Delitti di criminalità organizzata</i>	

Art. 25 DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Concussione e corruzione</i>	pag. 101
ART. 25-BIS DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento</i>	pag. 122
ART. 25-BIS.1 DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Delitti contro l'industria e il commercio</i>	pag. 140
ART. 25-TER DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Reati societari</i>	pag. 154
ART. 25-QUATER DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico</i>	pag. 192
ART. 25-QUINQUES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Delitti contro la personalità individuale</i>	pag. 206
ART. 25-SEXIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Abusi di mercato</i>	pag. 217
ART. 25-SEPTIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro</i>	pag. 244
ART. 25-OCTIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita</i>	pag. 255
ART. 25-NOVIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Delitti in materia di violazione del diritto d'autore</i>	pag. 266
ART. 25-NOVIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01 <i>Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria</i>	pag. 283

SEZIONE I – PARTE GENERALE

ANALISI DEGLI ELEMENTI FONDANTI LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI EX D.LGS. 231/2001

Introduzione

Con l'emanazione del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (di seguito "D.Lgs. 231/2001" o il "Decreto"), il Governo ha introdotto nel nostro ordinamento il principio della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, in forza del quale un ente può essere chiamato a rispondere di illecito amministrativo ogni qual volta siano commessi reati nel suo interesse o nel suo vantaggio da persone che rivestono funzioni apicali dell'ente o soggette alla dipendenza o vigilanza degli stessi.

Ai fini dell'applicazione della normativa in oggetto, il termine "ente" fa riferimento agli enti con personalità giuridica, alle società e alle associazioni, riconosciute e non, per quanto riguarda l'ambito privatistico, mentre, per il settore pubblicistico, si rivolge agli enti pubblici economici (cfr. art. 1, comma 3, del D.Lgs. 231/2001).

La responsabilità in analisi è di tipo amministrativo, pur se attribuita nell'ambito di un procedimento penale ad opera, appunto, di un giudice penale¹ e si caratterizza, inoltre, per essere del tutto autonoma rispetto a quella della persona fisica che commette il reato, tant'è che, ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. 231/2001, l'ente può essere dichiarato responsabile anche se l'autore materiale del reato non è imputabile o non è stato individuato.

L'eventuale condanna dell'ente conduce (i) all'applicazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive (quali, ad esempio, l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze e concessioni, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi) nonché (ii) alla confisca del prezzo o del profitto di reato.²

Perché si configuri in capo all'ente la responsabilità in oggetto occorre che:

1. il reato commesso rientri tra quelli di cui agli artt. 24, 24-bis, 24-ter, 25, 25-bis, 25-bis.1, 25-ter, 25-quater, 25-quater.1, 25-quinquies, 25-sexies, 25-septies, 25-octies, 25-novies (1), 25-novies (2) del D.Lgs. 231/2001 (per la disamina degli specifici reati si rinvia alla Sezione II del presente documento);
2. il soggetto attivo del reato (i) sia legato all'ente da un rapporto organico e (ii) abbia agito nell'interesse della società o a suo vantaggio;
3. non sussistano le condizioni esimenti di cui all' art. 6 del D.Lgs. 231/2001.

Una delle peculiarità dell'impianto normativo di cui al D.Lgs. n. 231/2001 consiste infatti nell'aver previsto la possibilità per l'ente di sottrarsi alla suddetta responsabilità a condizione che:

¹ In dottrina si è definita tale figura come un "nuovo *genus di responsabilità, fondata su un concetto di negligenza organizzativa dell'ente o su un concetto di responsabilità per inadeguatezza dell'organizzazione aziendale*"; anche la Relazione ministeriale parla della "nascita di *tertium genus che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia*".

² Per "prezzo" del reato deve intendersi il denaro o altra utilità economica data o promessa per indurre o determinare un altro soggetto a commettere il reato.

- a) prima che il reato sia stato commesso, l'ente abbia:
 - (i) adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione (di seguito il "Modello Organizzativo" o anche il "MOG") idonei a prevenire i reati del tipo di quello verificatosi; e
 - (ii) istituito un apposito organismo incaricato di vigilare sul funzionamento, rispetto e aggiornamento del MOG;
- b) il reato sia stato commesso eludendo fraudolentemente il MOG.

Considerato l'art. 6, comma 3, del D.Lgs. 231/2001, secondo cui gli enti soggetti a tale Decreto possono adottare MOG predisposti sulla base di codici di comportamento elaborati dalle associazioni rappresentative degli enti, Assosim ha predisposto, a beneficio dei propri associati, le presenti linee guida che tengono conto delle specificità normative ed operative che caratterizzano l'attività degli intermediari del mercato mobiliare.

1. I reati di cui al D.Lgs. 231/2001

I reati la cui commissione può fondare la responsabilità amministrativa dell'ente sono quelli individuati dagli articoli 24, 24-bis, 24-ter, 25, 25-bis, 25-bis.1, 25-ter, 25-quater, 25-quater.1, 25-quinquies, 25-sexies, 25-septies, 25-octies, 25-novies, 25-decies del D.Lgs. 231/2001, che richiamano rispettivamente:

- (art. 24) reati di indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (artt. 316-bis, 316-ter, 640, 640-bis, 640-ter, comma 2, n. 1, del c.p.);
- (art. 24-bis) reati relativi ai delitti informatici e al trattamento illecito di dati (artt. 491-bis, 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 617-quater, 617-quinquies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies, 640-quinquies del c.p.);
- (art. 24-ter) delitti di criminalità organizzata (art. 407, comma 2, lett. a), n. 5) del c.p.p.; artt. 416, 416-bis, 416-ter, 630 del c.p.; art. 74 del D.P.R. 309/1990;
- (art. 25) reati di concussione e corruzione (artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322, 322-bis del c.p.);
- (art. 25-bis) reati di: (i) falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo, illeciti puniti a tutela delle fede pubblica, ossia dell'affidamento sociale alla genuinità ed integrità di alcuni specifici simboli, essenziali per un rapido e certo svolgimento del traffico economico. Nello specifico i reati di falso qui richiamati hanno ad oggetto monete (artt. 453, 454, 455, 457 del c.p.), valori di bollo (artt. 459, 464 del c.p.), carte filigranate ed oggetti destinati al falso nummario (artt. 460, 461 del c.p.); (ii) contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi, brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.) e introduzione nello Stato e commercio di prodotti importati con segni falsi (art. 474 c.p.);
- (art. 25-bis.1) delitti contro l'industria e il commercio ovvero turbata libertà dell'industria e del commercio (art. 513 del c.p.), illecita concorrenza con minaccia e violenza (art. 513-bis del c.p.), frodi contro le industrie nazionali (art. 514 del c.p.), frode nell'esercizio del commercio (art. 515 del c.p.), vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 del c.p.), vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 del c.p.), fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale (art. 517-ter del c.p.), contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari (art.517-quater del c.p.);
- (art. 25-ter) reati societari di false comunicazioni sociali (art. 2621 del c.c.), false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, commi 1 e 3, del c.c.), falso in prospetto (art. 2623 del c.c. ora abrogato e sostituito con l'art. 173-bis del T.U.F.) , impedito controllo (art. 2625, comma 2, del c.c.), formazione fittizia di capitale (art. 2632 del c.c.), indebita restituzione dei conferimenti (art. 2626 del c.c.), illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 del c.c.), illecite operazioni sulle azioni o quote sociali e della società controllante (art. 2628 del c.c.), operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 del c.c.), indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 del c.c.), illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 del c.c.), aggrottaggio (art. 2637 del c.c.), omessa comunicazione del conflitto di interessi (art. 2629-bis del c.c.) e ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638, commi 1 e 2, del c.c.);

- (art.25-*quater*) reati con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi penali; la particolarità di tale articolo è che non prevede un elenco tassativo di reati ma fa generico riferimento ad una categoria che comprende reati accomunati dal solo fine di eversione e terrorismo;
- (art. 25-*quater*.1) pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* del c.p.);
- (art. 25-*quinquies*) reati contro la libertà individuale ed in particolare ai delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 del c.p.), prostituzione minorile (art. 600-*bis* del c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter* del c.p.), detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* del c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* del c.p.), tratta di persone (art. 601 del c.p.) e acquisto o alienazione di schiavi (art. 602 c.p.);
- (art. 25-*sexies*) reati di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 del T.U.F.) e di manipolazione del mercato (art. 187 del T.U.F.) previsti dalla parte V, titolo I-*bis*, capo II, del T.U.F.. A questo proposito, è opportuno osservare che, per espressa previsione dell'art. 187-*quinquies* del T.U.F., la responsabilità dell'ente sussiste anche in violazione degli illeciti amministrativi disciplinati agli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del T.U.F. (rispettivamente l'illecito di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato);
- (art. 25-*septies*) delitti di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni colpose gravi o gravissime (art. 590 c.p.), commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro;
- (art. 25-*octies*) reati di ricettazione (art. 648 c.p.), riciclaggio (art. 648-*bis*) e impiego di denaro, beni, o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter*), che prevede che le società possono essere sanzionate in relazione ai delitti in questione, sia che le attività che hanno generato i beni da riciclare si siano svolte sul territorio nazionale che sul territorio di un altro stato comunitario o di un Paese terzo;
- (art. 25-*novies*) delitti in materia di violazione del diritto d'autore (artt. 171, comma 1, lett. a)-*bis* e comma 3, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*septies*,171-*octies* della L. 633/41);
- (art, 25-*novies*) delitto di induzione a non rendere o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-*bis* del c.p.);
- Altri reati reati di cui alla L. 16 marzo 2006, n.146 ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre e del 31 maggio 2001") ovvero: associazione per delinquere (416 c.p.); associazioni di tipo mafioso anche straniere (416-*bis* c.p.); associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del D.P.R 23 gennaio 1973, n. 43); associazione finalizzata al traffico illecito di sostanza stupefacenti o psicotrope (art. 74 del D.P.R. n. 309 del 1990); induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-*bis* c.p.); favoreggiamento personale (art. 378 c.p.); reati contro l'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 del D.Lgs. 25 luglio, n. 286.

2. Le sanzioni

Le sanzioni previste per l'ente in conseguenza degli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono, ai sensi dell'art. 9 del D.Lgs. 231/2001, di tipo pecuniario ed interdittivo. In ipotesi di condanna, inoltre, è sempre prevista la confisca del prezzo o del profitto di reato e può essere disposta la pubblicazione della sentenza qualora venga applicata una sanzione interdittiva.

La sanzione pecuniaria, pena principale dell'impianto sanzionatorio di cui al Decreto, da applicarsi per tutte le ipotesi di responsabilità dell'ente, viene applicata per quote, con valore variabile per singola quota. La legge delega ha indicato i limiti massimi e minimi, in valori assoluti: l'importo massimo è di Euro 1.550.000,00, mentre quello minimo è di Euro 25.780,00 (prevedendo una riduzione nei casi di particolare tenuità del fatto)³.

L'art. 11 del Decreto indica i criteri che devono guidare il giudice nella commisurazione della sanzione pecuniaria, mentre l'art. 12 elenca i casi di riduzione della sanzione pecuniaria.

Le sanzioni interdittive⁴ previste dal D.Lgs. 231/2001⁵ si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste⁶ e al ricorrere di determinate condizioni. Anche per tale tipo di sanzioni vengono indicati, all'art. 14 del Decreto, i criteri che devono guidare il giudice nella scelta della o delle sanzioni da applicare⁷.

Con riferimento alla confisca (cfr. art. 19 del Decreto) si precisa che, essendo questa una sanzione volta a sottrarre il prezzo e il profitto dell'illecito all'autore dello stesso, non incontra limiti di valore. È, infatti, una sanzione *sui generis* poiché non è commisurata a criteri di proporzionalità validi per le altre tipologie sanzionatorie⁸. Inoltre, la possibilità di essere comminata per equivalente ne fa uno strumento incisivo e temibile, seppur rimanendo evidente il presupposto che, per l'applicazione della stessa, sia sempre

³ L'innovativo sistema "per quote" punta a valorizzare, in sede commisurativa, il riferimento alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente: dapprima il giudice determina l'ammontare delle quote sulla base dei tradizionali indici di gravità dell'illecito; successivamente, individua il valore monetario della singola quota sulla scorta della capacità economica e patrimoniale dell'ente. L'entità della sanzione inflitta è dunque data dal prodotto di due fattori: il numero delle quote, che funge da moltiplicatore, ed il singolo valore attribuito a ciascuna quota.

⁴ Mentre la sanzione pecuniaria è sempre irrogata in caso di accertamento delle responsabilità dell'ente, la misura interdittiva può essere applicata, in aggiunta a quella pecuniaria, solo se espressamente stabilita per quella tipologia di reato presupposto. Si evidenzia che per i reati societari, nonché per quelli di abuso di mercato non sono previste misure interdittive.

⁵ Le sanzioni interdittive previste dal Decreto si articolano nell'interdizione dall'esercizio dell'attività; nella sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; nel divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; nella esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; nel divieto di pubblicizzare beni o servizi.

⁶ Cfr. art. 13, comma 1, del D.Lgs. 231/2001, che stabilisce che le sanzioni interdittive si applicano quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: "a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti."

⁷ Dalla lettura dell'art. 14 del D.Lgs. 231/2001 e dal suo espresso richiamo ai criteri di cui all'art. 11 del medesimo decreto, si evincono i tre criteri fondamentali che dovranno guidare il giudice in tale operazione: a) idoneità della sanzione interdittiva concretamente irrogata a conseguire lo scopo espressamente assegnato dal legislatore alle sanzioni interdittive, che è la prevenzione di illeciti del tipo di quello commesso; b) la necessità della sanzione interdittiva irrogata rispetto a tale scopo, intesa come non sostituibilità della stessa con altra sanzione interdittiva meno gravosa; c) la proporzione della sanzione interdittiva irrogata rispetto alla gravità – oggettiva e soggettiva del reato e alle eventuali condotte "virtuose" poste in essere dall'ente dopo la commissione del reato e prima della condanna (cfr. "La Responsabilità degli Enti - commento articolo per articolo al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231" di Adonella Presutti, Alessandro Bernasconi e Carlo Fiorio).

⁸ Cfr. V. Giarda, in Giarda-Mancuso-Spangher-Varraso, 105.

necessario l'accertamento in concreto dell'entità del prezzo o del profitto dell'illecito. Per "prezzo" del reato (cfr. nota n. 2 delle presenti Linee Guida) deve intendersi il denaro o altra utilità economica data o promessa per indurre o determinare un altro soggetto a commettere il reato, mentre il "profitto" del reato è l'utilità economica immediata ricavata dal fatto reato.

Infine, in merito alla pubblicazione della sentenza, per altro già prevista nel codice penale sia come pena accessoria (art. 36 c.p.) sia come strumento per la riparazione del danno (art. 186 c.p.), il sistema sanzionatorio del D.Lgs. 231/2001 è costituito in modo tale da prevedere la possibilità, e non l'obbligo, per il giudice di comminare, nei casi di applicazione della sanzione interdittiva, anche la pubblicazione della sentenza. Non essendo previsti parametri ai quali il giudice possa ispirarsi per l'applicazione della sanzione, deve ritenersi che questa potrà/dovrà essere comminata soltanto quando utile alla repressione del fatto o alla prevenzione della reiterazione del reato.

3. Soggetti la cui condotta criminosa può fondare la responsabilità amministrativa dell'ente

L'art. 5, comma 1, del Decreto dispone che l'ente è responsabile per i reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da:

- a) 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 (di seguito i "Soggetti in Posizione Apicale");
- b) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a) ovvero dei Soggetti in Posizione Apicale.

I Soggetti in Posizione Apicale sono individuati in base ad un criterio oggettivo-funzionale relativo all'attività svolta (la gestione e il controllo dell'ente), piuttosto che alla qualifica formalmente rivestita⁹.

Rientrano nella definizione di Soggetti in Posizione Apicale ad esempio: gli amministratori, i direttori generali, i preposti a sedi secondarie e, in caso di organizzazione divisionale, i direttori di divisione (sempre che essi siano dotati di autonomia finanziaria e funzionale), ma anche in via più generale, tutti coloro che, indipendentemente dalla carica ricoperta, "esercitano di fatto la gestione e il controllo dell'ente"¹⁰.

Tuttavia, non è sempre facile individuare se una determinata figura possa essere considerata apicale oppure no. Ci si è, ad esempio, domandati se l'impiegato con funzioni direttive debba essere considerato o meno soggetto apicale. Secondo una parte della dottrina, l'impiegato con funzioni direttive andrebbe considerato come Soggetto in Posizione Apicale, ove l'attività coinvolta nell'illecito sia quella su cui egli vanta un effettivo potere direttivo¹¹.

La seconda categoria di soggetti, indicata dalla lett. b) dell'articolo in esame, è costituita dalle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di Soggetti in Posizione Apicale. E' opinione consolidata che rientrino tra i soggetti di cui alla citata lettera b) tutti coloro che siano legati all'azienda dal vincolo di subordinazione – come anche tutti i lavoratori autonomi che siano sottoposti a poteri di indirizzo o controllo di un soggetto apicale, quali ad esempio i promotori, gli agenti, i rappresentanti, i fornitori ed i consulenti.

Secondo la dottrina prevalente sono invece esclusi dall'ambito di applicazione del D.Lgs. 231/2001 i componenti del collegio sindacale e i soggetti cui la legge attribuisce funzioni di controllo della società assimilabili a quelle dei sindaci (si pensi ai componenti del consiglio di sorveglianza *ex art. 2409-duodecies c.c.* per le società che hanno adottato il sistema dualistico). La scelta deriva dal fatto che i sindaci sono in posizione di indipendenza rispetto ai soggetti posti in posizione apicale e non hanno alcun potere decisionale riguardo le attività dell'ente¹².

⁹ Alla regola generale testé analizzata fa eccezione l'art. 25-ter che si riferisce, per i soli reati societari, agli illeciti commessi "da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza".

¹⁰ Rispetto a tale ultimo profilo, si richiama l'art. 2639 del c.c. – riformato dal D.Lgs. 61/2002 in tema di reati societari – che prevede l'estensione delle qualifiche soggettive solo in presenza di un esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici della funzione. La continuità indica un'attività gestionale protratta nel tempo ed esclude un'ingerenza episodica; mentre un esercizio può essere significativo sia in una prospettiva interna nel senso che, per es., l'attività gestionale dell'amministratore deve riguardare aspetti importanti e rilevanti nell'attività istituzionale dell'ente, sia in una proiezione esterna come accade quando l'attività di costui riveste una portata cogente per i terzi e gli interlocutori dell'ente. A titolo esemplificativo, fanno parte di questa seconda categoria, da un lato, gli amministratori occulti o indiretti o il cui procedimento di investitura è invalido o incompleto e, dall'altro lato, i centri decisionali esterni all'azienda quali le società capogruppo e le *holding*.

¹¹ Cfr. A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*.

¹² *Contra cfr.* A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa, il punto di vista del penalista*, in Cass. Pen., 2003.

4. Il vantaggio o l'interesse dell'ente

Altro requisito indispensabile affinché l'ente sia responsabile ai sensi del D.Lgs. 231/2001, è che la condotta posta in essere dall'agente autore del reato sia realizzata nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Occorre da subito rilevare come interesse e vantaggio siano condizioni alternative e non complementari, essendo sufficiente che se ne verifichi anche una sola tra esse.

Sul punto si è pronunciata anche la Corte di Cassazione¹³ sostenendo che: *“in tema di responsabilità da reato [...], l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati nel suo interesse o a suo vantaggio, non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse a “monte”, per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato ex ante, sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale”*.

Ne consegue che per la sussistenza della responsabilità dell'ente è sufficiente che:

1. il reato presupposto sia finalizzato all'ottenimento di una determinata utilità, indipendentemente dal fatto che questa venga conseguita o meno **ovvero, in alternativa**,
2. l'ente abbia ottenuto un qualche vantaggio indipendentemente dal fatto che tale vantaggio sia la conseguenza voluta, preventivata o inattesa della condotta posta in essere dall'agente.

Inoltre, in merito al concetto di vantaggio, si può osservare che più previsioni del Decreto mostrano di distinguere la nozione di vantaggio da quella di profitto (cfr. gli artt. 13, 15 e 19 del D.Lgs. 231/2001). Non c'è dubbio infatti che il concetto di “profitto” alluda ad un'utilità economica, da valutarsi *ex post* in termini di effettivo accrescimento patrimoniale per l'ente¹⁴. Il profitto è, dunque, da concepirsi come una *species* del *genus* più ampio costituito dal “vantaggio” che l'ente ricavi dal reato.¹⁵

¹³ Cass. Pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615. La stessa relazione al D.Lgs. 231/2001, inoltre, dichiara che l'interesse o il vantaggio si distinguono proprio perché il vantaggio va valutato *ex post* e l'interesse *ex ante*.

¹⁴ Cfr. Epidendio, *Resp. amm. soc.* 06, f. 3, 73.

¹⁵ Si discute se il profitto debba intendersi come accrescimento patrimoniale netto o se debba, invece, farsi riferimento al ricavo lordo che pervenga all'ente in seguito all'attività illecita. Le Sezioni Unite sono recentemente intervenute (S.U. 27.3.2008, Impregilo ed altri, inedita) per dirimere un contrasto venutosi a creare sulla nozione di profitto del reato, oscillante tra una interpretazione estensiva, cioè quale ricavo derivante dal reato e una lettura restrittiva quale utile netto ricavato dall'azione criminosa, dedotti quindi i costi. Secondo le S.U. deve intendersi per “profitto del reato”, di cui agli artt. 19 e 53 del D.Lgs. 231/2001, il vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale del reato, che va determinato tenendo conto dell'utilità eventualmente conseguita in concreto. In altre parole, il profitto del reato deve essere inteso non in senso contabile (decurtazione dai ricavi dei costi sostenuti per l'attività illecita) bensì come un beneficio aggiunto di tipo economico, ovvero ogni conseguenza vantaggiosa collegabile all'attività illecita.

5. I problemi connessi alla responsabilità dei gruppi di imprese

5.1 Gli orientamenti giurisprudenziali

Il D.Lgs. 231/2001 nulla dispone in merito al fenomeno dei gruppi di imprese.

Tuttavia, anche a fronte di alcune recenti sentenze del tribunale, occorre interrogarsi se e come il D.Lgs. 231/2001 abbia un impatto sui gruppi di società e sulla predisposizione dei Modelli Organizzativi.

Due sono gli aspetti di immediata rilevanza in questo ambito. Il primo riguarda la possibilità o meno che un ente possa essere chiamato a rispondere per un reato commesso da un soggetto legato da un rapporto organico con altra società appartenente al medesimo gruppo. Possibilità che può essere facilmente esclusa considerato che il limite all'estensione della responsabilità dell'ente è rinvenibile proprio nel rapporto qualificato tra l'agente che ha commesso il fatto e l'ente. Secondo l'opinione della giurisprudenza, infatti, un diverso approccio finirebbe per estendere al di là del ragionevole la responsabilità degli enti laddove questi facciano parte di un gruppo¹⁶.

Il secondo aspetto che occorre invece considerare riguarda l'interpretazione dell'art. 5 del Decreto nella parte in cui prevede che l'ente sia responsabile per i soli reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio. La dottrina e la giurisprudenza sostengono infatti che il concetto di interesse o vantaggio "proprio" dell'ente debba essere interpretato in modo estensivo ricomprendendo anche i casi in cui, ad esempio, il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della controllante da un soggetto legato da rapporto organico con la società controllata (e viceversa: ovvero nel caso in cui il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della controllata da un soggetto legato da rapporto organico con la società controllante).

Così, relativamente ad un caso di reato commesso da un dipendente di una società controllante nell'interesse e a vantaggio di una società controllata, il Tribunale di Milano¹⁷ ha affermato che, nell'agire nell'interesse della controllata, la controllante non opera per un interesse altrui, bensì per realizzare un interesse proprio, mediato ed indiretto¹⁸. La stessa ordinanza afferma che il vantaggio conseguito dalla controllata non può ritenersi, ai fini della "responsabilità 231", come un vantaggio conseguito da un terzo, essendosi realizzato un interesse nei confronti della controllante¹⁹.

¹⁶ Il Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2004 ha stabilito che *"La responsabilità da illecito amministrativo dipendente da reato può colpire la capogruppo non in modo indiscriminato o irragionevole ma solo quando sussista nei suoi confronti il criterio di imputazione dell'atto all'ente, cioè l'appartenenza qualificata all'ente della persona fisica che ha commesso il reato, ciò che garantisce dal rischio di qualsiasi arbitraria e ingiustificata estensione della responsabilità."*

¹⁷ Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2004, in *Dir. Prat. Soc.*, n. 6/2005, 69, con nota di L.D. Cerqua.

¹⁸ L'ordinanza del 20.12.2004 conclude sul punto rilevando che *"[...] l'attivarsi di soggetti che non facevano parte in alcun modo delle società controllate e che non avevano alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo - non può che trovare giustificazione nella finalizzazione dell'atto all'interesse di più società e, quindi, non solo di quelle che hanno direttamente ottenuto l'aggiudicazione degli appalti ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili. L'interesse di gruppo si caratterizza, infatti, proprio per questo, per non essere proprio ed esclusivo di uno dei membri del gruppo, ma comune a tutti i soggetti che ne fanno parte"*.

¹⁹ Controversa, a livello interpretativo, risulta essere una recente pronuncia del Trib. di Milano (procedimento Rg Gip 9012/2006) relativa alla cessione di azioni Unipol a prezzi gonfiati che ha visto, tra l'altro, la condanna dell'ex direttore generale della Fondazione Monte dei Paschi a 8 mesi per agiotaggio e della Fondazione stessa al pagamento di Euro 10.300 per la violazione delle norme del D.Lgs. 231/01 che presidiano anche la trasparenza del mercato. L'agiotaggio manipolativo, posto in essere da Unipol nel marzo 2003, si è concretizzato, secondo la sentenza, nella spinta dei prezzi delle azioni Unipol sino alla quota a cui vennero acquistate da Fondazione Monte Paschi, risolvendo i problemi di liquidità di Finsoe (società che controlla Unipol S.p.A.) che cedette i titoli dietro un'apparente convenienza anche per la Fondazione. Una cessione dietro la quale stava l'accordo tra i vertici di Unipol e Fondazione MPS. Tra queste due società, la Consob ha individuato una serie di partecipazioni incrociate che rendono evidente la reciproca

Conclusivamente, appare opportuno ribadire che, stante la giurisprudenza sopra citata, affinché possa esservi imputazione della controllante per una condotta criminosa riferibile alla controllata e viceversa occorre che entrambi i requisiti citati ovvero (i) l'interesse e/o vantaggio per l'ente e (ii) il rapporto organico dell'agente con l'ente, coesistano al momento in cui il reato presupposto è commesso. Pertanto in caso di reato commesso a vantaggio della controllata e/o della controllante da parte di un dipendente/collaboratore della sola controllata, solo quest'ultima potrà essere chiamata a risponderne ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

5.2 I Modelli Organizzativi delle società del gruppo

Considerati gli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati e considerato che il MOG, in quanto strumento organizzativo della vita dell'ente, deve qualificarsi per la sua concreta e specifica efficacia²⁰, si deve ritenere che l'appartenenza dell'ente ad un gruppo di società debba essere adeguatamente considerato nella predisposizione del MOG, prevedendo appositi sistemi di coordinamento tra i diversi modelli delle società del gruppo e gli strumenti di applicazione previsti per ciascuna società, inclusa l'istruzione e l'attività dei vari Organismi di vigilanza (si veda par.7).

In particolare, appare opportuno che sia esclusivamente il MOG della capogruppo a recepire le aree di rischio specifiche delle altre società del gruppo, i cui singoli MOG saranno focalizzati sulle sole aree di rischio di pertinenza.

Oppure, in alternativa, considerata la struttura/tipologia organizzativa del gruppo, nonché la dimensione del gruppo e delle società appartenenti allo stesso, il MOG della controllata e quello della controllante potrebbero recepire, nelle proprie aree di rischio, anche le aree di rischio proprie, rispettivamente, della controllante e della controllata.

cointeressenza tra le stesse (nel dettaglio, all'epoca dei fatti vi erano altri 4 livelli sopra Finsoe, caratterizzati da partecipazioni incrociate principalmente fra tre soggetti: la Lega delle Cooperative, il Gruppo Monte dei Paschi di Siena – tramite Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. e Fondazione MPS, oltre che tramite Banca Agricola Mantovana S.p.A. (Gruppo MPS) – ed il gruppo riconducibile al finanziere Emilio Gnutti.) Tale cointeressenza ha consentito di inquadrare l'operazione, complessivamente considerata, nella funzione di direzione strategica e finanziaria del "gruppo". La sentenza al riguardo specifica: *"Tale valutazione non risulta sconfessata dalla considerazione difensiva che la Fondazione MPS è soggetto giuridico distinto rispetto al "Gruppo Monte Paschi di Siena"*. Al di là dell'ovvia distinzione giuridica-formale tra il gruppo bancario e la fondazione, è di tutta evidenza l'appartenenza ad una medesima "cordata" a cui possono corrispondere, come nel caso di specie, comuni scelte di politica aziendale e commerciale. La realizzazione del reato ha comportato il raggiungimento del fine perseguito da Unipol (il recupero di liquidità necessario per il previsto aumento di capitale) attraverso la complicità di Fondazione MPS che, acquistando a prezzi ormai di mercato (approfittando del trend di rialzo), ha realizzato anche per sé un discreto vantaggio (...). Al vantaggio di "gruppo", deve pertanto aggiungersi un vantaggio diretto ottenuto anche da MPS, attraverso la realizzazione della condotta criminosa." Secondo alcuni interpreti tale sentenza amplierebbe il concetto di interesse/vantaggio di gruppo fino al punto di riscontrare i presupposti per l'applicazione della responsabilità amministrativa ex D.Lgs. 231/2001 nel caso in cui l'ente abbia agito nel solo interesse di altre società del medesimo gruppo tra loro in rapporto di collegamento per effetto di partecipazioni incrociate. A parere della scrivente Associazione, la sentenza in oggetto non è così chiara e conclusiva sul punto. Il tema dell'interesse di gruppo sembra trattato al fine di dimostrare un comune disegno criminoso a livello di gruppo, tale da configurare una correatità della società collegata nel reato presupposto piuttosto che al fine di fondare la responsabilità ex Decreto 231. Non a caso, infatti, il Tribunale ha indicato a fondamento della decisione oltre che l'interesse di gruppo anche un vantaggio proprio e diretto dell'ente poi condannato. Non è pertanto dato sapere se, in presenza del solo interesse di gruppo, e non anche di quello diretto e proprio dell'ente, il Tribunale avrebbe ugualmente concluso per la condanna, ex Decreto 231, della società MPS.

²⁰ Cfr. Tribunale di Milano, ord. 20.9.2004.

Il coordinamento a livello di gruppo ben potrebbe essere assegnato all'Organismo di vigilanza (si veda par.7) della capogruppo che, nel rispetto dell'autonomia delle diverse società del gruppo e dei limiti imposti da disposizioni di legge (ad esempio, per quanto concerne la segretezza aziendale, la tutela della privacy, ecc.), potrebbe essere investito dei seguenti compiti:

- a. potere di dare impulso e di svolgere funzioni di coordinamento riguardo alle attività di predisposizione, verifica e controllo nonché di applicazione dei MOG;
- b. potere di proporre, sulla base delle verifiche di cui sopra, l'aggiornamento dei MOG laddove si riscontrino esigenze di adeguamento degli stessi;
- c. potere di effettuare, singolarmente o congiuntamente con l'Organismo di vigilanza (si veda par.7) della società interessata, particolari azioni di controllo sulla stessa nelle aree a rischio, con possibilità di accedere alla documentazione rilevante di tutte le società, senza alcuna forma di intermediazione.

Si sottolinea, inoltre, l'importanza di prevedere, in capo alle controllate, specifici obblighi di *reporting* nei confronti dell'Organismo di vigilanza (si veda par.7) della capogruppo.

6. Esenzione da responsabilità: il Modello Organizzativo

6.1 La metodologia per la realizzazione e l'aggiornamento periodico del Modello Organizzativo

Aspetto qualificante della disciplina di cui al D.Lgs. 231/2001 è l'introduzione, nel sistema aziendale, di un modello di organizzazione e gestione finalizzato, da un lato, a prevenire il rischio di impresa connesso alla responsabilità amministrativa dell'ente per gli illeciti di cui al Decreto e, dall'altro, a limitare la responsabilità medesima sotto il profilo sanzionatorio.

La normativa in esame assegna, infatti, un'importanza fondamentale alle condizioni organizzative aziendali:

- (i) l'adozione, l'attuazione e l'aggiornamento di un MOG inteso ad impedire la commissione dei reati;
- (ii) l'istituzione di un organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del medesimo;
- (iii) la configurazione di un sistema disciplinare interno.

Tali requisiti organizzativi possono consentire all'ente di sfuggire all'applicazione delle sanzioni interdittive oppure ottenere una riduzione dell'importo della sanzione.

Il legislatore non ha dettato norme specifiche sulla predisposizione e sui contenuti del MOG, limitandosi a stabilire quali esigenze deve necessariamente soddisfare. Infatti l'art. 6, secondo comma, del Decreto prevede che i MOG devono:

1. individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati;
2. prevedere specifici protocolli decisionali ed operativi in relazione ai reati da prevenire;
3. individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie destinate all'attività nel cui ambito possono essere commessi i reati;
4. prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza e l'osservanza dei modelli;
5. introdurre un sistema di sanzioni per il mancato rispetto delle misure indicate nel MOG.

Da tali indicazioni si è cercato di individuare un metodo da seguire per predisporre concretamente il MOG. Le attività fondamentali concernono:

- a. lo studio e l'analisi della documentazione sociale;
- b. l'individuazione delle aree aziendali a rischio reato (c.d. mappatura di rischio);
- c. la *gap analysis*;
- d. la predisposizione dei protocolli.

Nel dettaglio:

a. *Lo studio e l'analisi della documentazione sociale*

Per quanto riguarda l'attività istruttoria volta ad acquisire una conoscenza generale della società, sarà opportuno acquisire i seguenti documenti: l'organigramma ed il funzionigramma della società; gli ordini di servizio; le deleghe e le procure conferite; i regolamenti operativi e le procedure formalizzate; il regolamento di spesa; il regime disciplinare (infrazioni e sanzioni); il codice etico, laddove esistente; gli *standards* seguiti dall'*Internal audit* ed i piani di verifica (se esistenti, altrimenti gli esiti dei controlli del collegio sindacale); la contrattualistica rilevante; il regolamento di gruppo e/o quello della singola società.

b. *L'individuazione delle aree aziendali a rischio reato*

Per identificare i rischi in relazione ai reati di cui alla normativa in esame, si deve procedere con un'analisi del contesto aziendale, volto ad evidenziare in quale area/settore di attività (area sensibile) e secondo quali modalità si possano verificare eventi sensibili ai fini di cui al D.Lgs. 231/2001.

in particolare, la mappatura di rischio richiede:

- l'individuazione degli ambiti aziendali di attività;
- l'analisi dettagliata di ciascuna attività aziendale, le concrete modalità operative, la ripartizione delle competenze, la sussistenza di eventuali comportamenti suscettibili di integrare i reati di cui al Decreto;
- l'identificazione delle attività sensibili/aree a rischio reato. Tale attività deve avvenire attraverso alcune interviste a soggetti in grado di fornire le informazioni necessarie all'identificazione del rischio, articolate sulla base delle specifiche competenze e professionalità dell'intervistatore. I soggetti prescelti a tale scopo dovranno essere dotati di responsabilità e godere delle conoscenze più approfondite circa le modalità operative di ciascun settore di attività. Sarà compito del *management* dell'ente indicare – a coloro che svolgano la mappatura del rischio – i dipendenti ed i collaboratori che, funzione per funzione, vanno sottoposti a specifiche interviste. I risultati delle interviste andranno verbalizzati e sintetizzati in schede analitiche che costituiranno la rappresentazione dei concreti profili di rischio di commissione di un reato-presupposto (è raccomandabile un'attenta verifica dei contenuti di tali schede, che dovrebbero essere sottoposte all'attenzione del responsabile di ciascuna direzione). Identificate le aree di rischio, occorre verificare se le procedure operative già adottate, nonché i concreti controlli già esistenti, siano idonei a prevenire il rischio di reato individuato.

c. *La gap analysis*

Con tale attività si confrontano i sistemi di controllo già esistenti nella società a presidio delle aree a rischio individuate durante la fase *sub b)* con i requisiti organizzativi richiesti dal Decreto. Le carenze del sistema aziendale che emergono rappresentano la base dalla quale muove il lavoro finalizzato a rendere *compliant* la società. Il soggetto responsabile della direzione e/o gestione dell'attività rilevata a rischio di reato – o non sufficientemente presidiata – viene di nuovo interpellato, questa volta, al fine di specificare quali possano essere gli interventi che risultino idonei a prevenire la commissione di specifici illeciti.

d. *La predisposizione dei protocolli*

Il punto di arrivo del procedimento fin qui descritto è costituito dalla predisposizione dei protocolli *"diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"* (cfr. art. 6, comma 2, lett. b) del Decreto). Infatti, per ciascuna unità operativa nella quale sia stata ravvisata un'ipotesi di rischio-reato, deve essere predisposto un protocollo di decisione contenente la disciplina che il responsabile dell'unità medesima ha concorso ad illustrare come la più idonea a governare e prevenire il rischio individuato: trattasi di un insieme di regole e procedure, ispirate dall'esigenza di verificare e documentare le varie fasi del processo decisionale, grazie alle quali risulta possibile risalire alla motivazione che ha guidato la risoluzione adottata. Inoltre, è fondamentale che i protocolli siano recepiti in un ordine di servizio, indirizzato all'unità operativa di riferimento, inteso a rendere ufficiali e cogenti – nei confronti del personale incaricato di compiere l'attività nel cui contesto si trova il rischio – le regole di condotta in esso contenute ed esplicitate.

La redazione dei protocolli può essere esternalizzata tuttavia appare opportuno che essi siano condivisi, prima dell'approvazione [da parte del CdA], con i responsabili delle varie funzioni aziendali la cui attività è stata ritenuta sensibile ai sensi del decreto e pertanto declinata in specifici protocolli.

6.2 Il contenuto del Modello Organizzativo

Alla luce di quanto fino qui rappresentato, si deve ritenere che un Modello Organizzativo completo ed efficace debba avere il seguente contenuto minimo:

1. *Informativa sulla responsabilità amministrativa delle società ai sensi del Decreto*

Lo scopo di tale informativa consiste nel rendere edotti i destinatari del MOG sugli aspetti più rilevanti in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Non potranno pertanto mancare i riferimenti di cui ai presupposti del regime di responsabilità, ai reati previsti, ai soggetti autori del reato, alle sanzioni ecc.

2. *Breve descrizione relativa all'attività della società e delle aree di rischio rilevanti*

Tale sezione dovrebbe riportare le informazioni relative: (i) alla società (a titolo esemplificativo, data di costituzione, sede legale, oggetto sociale, ecc.); (ii) all'attività principale della società; (iii) al relativo settore di riferimento (specificando se opera in uno o più settori); (iv) all'eventuale appartenenza ad un gruppo, specificando i rami di attività.

3. *Individuazione e descrizione dei principi di Corporate Governance*

Ovvero l'insieme dei principi e degli strumenti che presidiano il governo della società da parte degli organi sociali preposti. Il principio base cui deve ispirarsi la *Corporate Governance* è quello della segregazione delle attività, che si traduce nell'adozione di un adeguato sistema di suddivisione e ripartizione dei poteri. Tale sezione deve quindi contenere: l'identificazione degli organi sociali deputati a rappresentare la società e ad agire in nome e per conto della stessa; la descrizione del sistema di deleghe e procure; l'identificazione delle aree decisionali in cui sussiste una suddivisione e ripartizione dei poteri; la precisazione se sussiste o meno una funzione di *Internal audit*. Tali informazioni potrebbero essere fornite rinviando ed allegando al MOG la delibera dell'organo amministrativo con cui sono stati conferiti i poteri, nonché le eventuali procure conferite a soggetti esterni all'organo. Inoltre, in tale sezione, si rende necessario esplicitare gli strumenti di *Corporate Governance* adottati dalla società (quali, ad es., il Codice Etico, che costituisce un allegato essenziale del MOG e il Codice di Autodisciplina).

4. *Descrizione del MOG*

Breve descrizione relativa alla struttura del MOG (parte generale, elenco parti speciali, eventuali appendici).

5. *Mappatura delle aree a rischio*

Rinviando, per quanto riguarda la metodologia di individuazione delle aree a rischio, a quanto specificato sopra al par. 6.1 lett. b), questa sezione deve contenere un elenco delle aree che per la società presentano elementi di rischiosità ai sensi della normativa in esame. L'individuazione delle attività sensibili rappresenta l'esito dell'analisi del rischio, cioè la determinazione della "vulnerabilità" in rapporto alle "minacce" ed al singolo "agente". Nell'individuazione delle attività sensibili occorre considerare che possono essere fonte di responsabilità per l'ente anche i reati

commessi nell'interesse o vantaggio di altra società del gruppo, come meglio specificato nel par. 5.1.

6. *Descrizione delle procedure e dei principi di controllo*

Parte integrante del MOG è rappresentata dall'indicazione e dalla descrizione dei protocolli volti a prevedere, con efficacia vincolante, meccanismi di controllo tali da rendere meno probabile l'assunzione di decisioni inappropriate o arbitrarie. Per protocolli, in mancanza di una specifica definizione legislativa, si intende, quindi, un insieme di principi e procedure di controllo finalizzato a prevenire la commissione di un reato ex D.Lgs. 231/2001; si suole parlare, pertanto, di principi²¹ e procedure di controllo preventivo²². L'implementazione delle procedure permette: di ripartire la responsabilità tra le diverse funzioni coinvolte nel processo (in ottemperanza al principio della segregazione); di facilitare la realizzazione di attività di *Audit* sul processo anche da parte di soggetti non coinvolti direttamente nel processo stesso (in ottemperanza al principio del controllo); di standardizzare delle modalità di svolgimento delle attività, facilitando il processo di apprendimento e di formazione del personale; di facilitare la tracciabilità delle operazioni. Dovranno far parte del MOG solo le procedure che si riferiscono alle aree, ai processi in cui può verificarsi la commissione di un reato (tenuto conto anche di quanto specificato sopra in merito alle società appartenenti ad un gruppo – cfr. par. 5.1). Alla luce delle considerazioni di cui sopra, al fine della redazione del MOG, potrebbe essere utile indicare una serie di principi/regole di condotta di carattere generale in relazione a ciascuna classe di reato, per poi specificare, in corrispondenza di ciascuna area sensibile, le procedure da applicarsi. A tal proposito si ritiene che l'ente già provvisto di determinate procedure (ad es. quelle relative ai reati di riciclaggio o di *market abuse*) potrà eventualmente rinviare direttamente alle stesse.

7. *Individuazione dell'Organismo di Vigilanza*

L'Organismo di vigilanza o OdV (par.7) costituisce un organo della società, la cui nomina e il cui corretto adempimento dei compiti rappresentano, insieme all'efficace funzionamento del MOG, elementi indispensabili per l'esonero da responsabilità ex D.Lgs. 231/2001. E' pertanto necessario dedicare un'apposita sezione all'Organismo di vigilanza, al fine di definire: l'identificazione, la nomina e la revoca dell'OdV; i requisiti per la nomina a membro dell'OdV; le funzioni dell'OdV; i compiti dell'OdV (divisi, ad es., nelle aree: aggiornamento del MOG; verifiche e controlli del MOG; formazione; segnalazione di violazioni del MOG; proposta di sanzioni); i poteri dell'OdV (rinvio dell'analisi dell'OdV al par. 7).

8. *Flussi informativi*

Affinché l'OdV possa svolgere correttamente le proprie funzioni e i propri compiti deve essere assicurato un adeguato flusso informativo da e verso lo stesso. In mancanza di una specifica indicazione al riguardo, la prassi ha generalmente individuato:

8.1 *il reporting dell'OdV nei confronti degli organi societari*

²¹ Per esempio le Linee Guida di Confindustria individuano tre principi di controllo: (i) *principio della tracciabilità* - ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua. Per ogni operazione deve quindi sussistere un adeguato supporto documentale che faciliti i controlli e fornisca adeguata evidenza; (ii) *principio della segregazione* - le procedure aziendali dovranno essere strutturate in modo tale da garantire la separazione tra la fase di autorizzazione, esecuzione, contabilizzazione e controllo delle operazioni afferenti le attività sensibili; (iii) *principio del controllo* - riguarda l'OdV che deve documentare (anche attraverso la redazione di verbali) l'effettuazione dei controlli e l'attività di supervisione.

²² Intesi quali specificazione di una modalità di svolgimento di un processo, ovvero la spiegazione contenuta in un documento ufficiale della società, che precisa l'articolazione dei processi aziendali di cui si compone l'organizzazione.

Gli organi societari, nei confronti dei quali l'OdV deve fornire informazioni sul funzionamento del MOG, si possono individuare nel consiglio di amministrazione e/o, a seconda dei casi, nell'amministratore delegato e nel collegio sindacale.

Le informazioni oggetto di *reporting*, che dovranno essere comunicate sono almeno le seguenti:

- *comunicazioni periodiche:*
 - piano delle attività che si intende svolgere nel corso dell'anno;
 - stato di avanzamento del programma fissato all'inizio dell'anno;
 - relazione annuale in merito all'attuazione del MOG;
 - risultati delle verifiche;

- *comunicazioni specifiche:*
 - segnalazioni di eventuali comportamenti/azioni non in linea con le procedure aziendali.

8.2 *il reporting verso l'OdV*

L'OdV deve essere informato, mediante un'apposita segnalazione da parte dei soggetti tenuti all'osservanza del MOG, in merito a:

- eventi, circostanze, attività, operazioni che potrebbero ingenerare responsabilità della società ai sensi del D.Lgs. 231/2001. Tali segnalazioni dovranno/potranno pervenire all'OdV non soltanto dai membri degli organi della società, ma anche dai dipendenti, dai collaboratori, dai fornitori (solo quelli che forniscono servizi in un regime di "rilevanza" ai sensi dell'art. 20 del Regolamento congiunto Consob - Banca d'Italia) e dai *partner* della società;
- notizie relative all'applicazione di procedimenti disciplinari e alle sanzioni irrogate;
- ogni informazione che possa essere utile al fine dell'aggiornamento del MOG quali, ad esempio, modifiche nelle attività di *business*, nelle procedure operative ecc.

Si osserva che, relativamente a quanto sopra, il MOG deve prevedere non solo adeguate modalità di raccolta e conservazione delle informazioni, ma anche fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di eventi, circostanze attività, operazioni che potrebbero ingenerare responsabilità della società ai sensi del D.Lgs. 231/2001 possano riferire all'OdV (ad es. attraverso l'invio di un messaggio – anche anonimo – ad una casella di posta elettronica appositamente creata a questo scopo).

9. *Diffusione del MOG*

La corretta ed efficace applicazione del MOG passa attraverso la diffusione dello stesso all'interno e all'esterno dell'azienda a tutti coloro che siano tenuti a conformarvisi. A tal fine, una volta approvato il MOG, l'ente provvederà a trasmetterlo ai dipendenti, ai collaboratori e, in ogni caso, a chiunque sia tenuto a rispettarlo (eventualmente anche attraverso il sito internet dell'ente) e a renderlo agli stessi obbligatorio anche mediante apposita clausola contrattuale.

Le modalità operative attraverso cui l'ente provvede a diffondere il MOG e a renderlo obbligatorio devono essere previste nel MOG stesso.

10. *Previsione di un sistema disciplinare/sanzionatorio*

Un MOG non può dirsi completo ed efficace se non prevede un adeguato sistema volto a sanzionare comportamenti non conformi a quanto previsto dallo stesso e dalle procedure interne di attuazione. Tale sistema sanzionatorio/disciplinare deve presentare le seguenti caratteristiche:

- (i) prevedere le fattispecie di violazioni e/o omissioni del MOG, dei protocolli applicativi e dei principi statuiti nel Codice Etico, che danno luogo a provvedimenti sanzionatori/disciplinari;
- (ii) prevedere la tipologia e misura dei provvedimenti disciplinari sanzionatori indipendentemente dal fatto che il comportamento o l'omissione integri o meno una fattispecie di reato ovvero che conduca o meno all'applicazione di una sanzione amministrativa/penale da parte dell'autorità giudiziaria o di una qualsiasi altra pubblica autorità competente;
- (iii) essere compatibile e coerente con le norme legislative e contrattuali che regolano il rapporto di lavoro/collaborazione/prestazione di servizi intercorrente tra l'ente e il soggetto sanzionabile (distinguendo, ad esempio, tra i lavoratori subordinati, collaboratori esterni, consulenti, fornitori, *partner*, ecc.), prevedendo l'eventuale introduzione, ad esempio nei contratti di fornitura, di clausole che determinino la risoluzione automatica del rapporto contrattuale in caso di violazione del MOG;
- (iv) garantire il contraddittorio, consentendo al soggetto "imputato" di presentare argomentazioni difensive;
- (v) prevedere delle procedure chiare e circostanziate in merito:
 - alle modalità di acquisizione della notizia dell'illecito disciplinare;
 - ai soggetti incaricati all'accertamento dell'illecito disciplinare;
 - all'obbligatorietà dell'accertamento;
 - all'acquisizione degli elementi utili ad accertare l'illecito;
 - all'esecuzione della sanzione con ulteriore indicazione dei soggetti incaricati e delle regole di applicazione.

11. *Formazione*

Perché il MOG possa espletare a pieno la sua funzione e trovare una corretta ed efficace attuazione all'interno dell'ente, occorre che i soggetti in posizione apicale e il personale dipendente come anche i collaboratori esterni dell'ente siano parte di un adeguato programma di formazione. La formazione dovrà essere specifica ed adeguata rispetto all'operatività dell'ente, alle aree di rischio specifico e differenziata in base alle specifiche aree funzionali/operative del personale.

Il MOG dovrà quindi prevedere l'obbligo di formazione specificando:

- le caratteristiche e le modalità di somministrazione dei programmi di formazione. Differenze per materie, tempistiche e modalità potranno essere previste al fine di predisporre programmi mirati per categorie funzionali (amministratori, dipendenti addetti all'area finanzia, *trader*, gestori, consulenti, promotori ecc.);
- la funzione aziendale competente per l'approvazione dei programmi formativi;
- i meccanismi adottati al fine di verificare e controllare il concreto assolvimento dell'obbligo formativo da parte del personale;
- i provvedimenti disciplinari previsti in caso di accertato mancato assolvimento dell'obbligo formativo.

12. *Aggiornamento*

Il MOG deve prevedere l'obbligo di aggiornamento del modello stesso. Le modifiche possono rendersi necessarie principalmente per quattro diversi ordini di motivi:

- modifiche del contesto normativo/regolamentare;

- significative violazioni del MOG;
- significative modificazioni dell'assetto societario/delle modalità di svolgimento delle attività di impresa/dei modelli di organizzazione aziendale;
- commissione di un reato sensibile senza che vi sia stata violazione del MOG.

12.1 *Modifiche normative*

La modifica del quadro normativo di riferimento impone la verifica, a carico dell'OdV, circa la necessità o meno di aggiornare la mappatura delle aree a rischio e/o di modificare e/o integrare il MOG stesso ed i relativi protocolli.

12.2 *Significative violazioni del MOG*

Quando vengano accertate violazioni significative e ricorrenti del MOG, tali da evidenziare una sostanziale disapplicazione anche solo parziale del MOG, lo stesso deve essere rivisto al fine di implementare norme comportamentali che possano essere concretamente perseguite e parimenti efficaci ai fini di prevenzione della commissione dei reati.

12.3 *Significative modificazioni dell'assetto societario/delle modalità di svolgimento delle attività di impresa/dei modelli di organizzazione aziendale*

Il MOG poggia sulla corretta mappatura delle aree di rischio, ovvero di quelle attività aziendali nell'ambito delle quali possono essere commessi i reati; ne consegue che un eventuale cambiamento degli assetti di *governance*/operativi/organizzativi che abbiano l'effetto di modificare i relativi profili di rischio reato, comporta la necessità di provvedere ad un aggiornamento/adequamento del MOG. Tale aggiornamento si rende necessario solo in presenza di modificazioni dell'assetto societario o delle modalità di svolgimento delle attività di impresa o dell'organizzazione aziendale che determinino un mutamento del profilo di rischio di commissione dei reati, con un impatto diretto sul sistema di controllo. Il mutamento può verificarsi, a titolo esemplificativo, nelle seguenti ipotesi: (i) apertura di nuove aree di *business*; (ii) acquisizione di un'azienda che comporti una diversificazione delle attività svolte dall'impresa; (iii) assunzione di persone specializzate nella partecipazione a gare pubbliche; (iv) modifiche a livello di funzioni aziendali.

L'OdV dovrà pertanto monitorare tali mutamenti, al fine di proporre tempestivamente gli aggiornamenti che si rendessero necessari.

12.4 *Commissione di un reato, nonostante l'adozione del Modello Organizzativo²²*

La commissione di un reato pur in presenza del MOG non comporta l'automatico addebito di responsabilità amministrativa in capo all'ente, in quanto il reato potrebbe essere stato commesso eludendo fraudolentemente il Modello Organizzativo. Tuttavia, laddove invece la commissione del reato si sia concretizzata senza elusione fraudolenta del MOG, si deve presumere che il MOG si sia rilevato inadeguato alla prevenzione del reato stesso e che quindi occorra provvedere al suo aggiornamento.

13 *Selezione del personale, dei fornitori e dei consulenti esterni*

E' opportuno che il MOG preveda un sistema per la scelta del personale, dei fornitori e dei consulenti che tenga conto delle esigenze aziendali in relazione all'applicazione del Decreto. L'OdV dell'ente, in coordinamento con il responsabile del personale, può quindi considerare l'eventualità di istituire uno specifico sistema di valutazione dei candidati in fase di selezione basato su criteri predefiniti e oggettivi quali, ad esempio, la competenza, l'utilità strategica, l'affidabilità e onorabilità del candidato. Un sistema analogo può essere previsto anche per la scelta dei fornitori e dei consulenti esterni.

²² Ulteriore ipotesi individuata da parte della dottrina – cfr. U. Lecis, *L'Organismo di Vigilanza e l'aggiornamento del modello organizzativo*, in Rivista – *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4/2006.

7. L'Organismo di Vigilanza

Il D.Lgs. 231/2001 prevede, tra le condizioni per l'esclusione della responsabilità amministrativa, che l'ente abbia istituito al suo interno un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del MOG nonché a curarne l'aggiornamento (di seguito "l'Organismo di Vigilanza" o anche l'"OdV") (cfr. art. 6 del Decreto).

7.1 I compiti dell'Organismo di Vigilanza

a. *Vigilanza sul funzionamento*

Vigilanza sul funzionamento del MOG significa verificare, nel concreto della realtà aziendale, l'idoneità del MOG a prevenire la commissione dei reati. Tale verifica potrebbe comportare l'opportunità di effettuare "stress test" sulle procedure e sui processi al fine di verificare l'efficacia degli stessi a prevenire la commissione dei reati. Per "stress test" si intendono, ad esempio, simulazioni di condotte illecite che potrebbero essere fonte di responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del Decreto.

Tale attività di verifica deve essere condotta non solo in sede di prima applicazione del MOG, ma anche successivamente, secondo una periodicità che ciascun intermediario potrà definire autonomamente. La verifica periodica serve ad accertare la tenuta del MOG anche a fronte di eventuali modifiche od evoluzioni del contesto normativo ovvero delle attività e/o dell'operatività dell'ente nonché delle condotte illecite.

Per l'espletamento di tali compiti, l'OdV dovrà avere accesso a tutte le informazioni e documentazioni aziendali; a tal fine potrà anche essere prevista la facoltà per uno o più membri dell'OdV di partecipare, su invito del CdA, alle riunioni dello stesso. L'OdV dovrà inoltre essere costantemente informato su quanto avviene in azienda, relazionandosi con la dirigenza e gli organi di controllo, i quali devono garantire collaborazione al medesimo.

Nell'ambito di tale attività, l'OdV, avvalendosi delle funzioni di controllo competenti, dovrà poter effettuare, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- verifiche periodiche sulle operazioni di maggior rilievo (specialmente quelle che coinvolgono la Pubblica Amministrazione);
- verifiche periodiche sulle operazioni di gestione finanziaria e di tesoreria;
- interventi immediati in caso di ispezioni od accertamenti della pubblica autorità;
- verifiche sulla gestione dei fondi della società (al fine di evitare la costituzione di fondi neri o riserve occulte);
- verifiche sulla regolarità formale dei moduli previsti nei protocolli, della documentazione di supporto, di eventuali fatture e rendicontazioni contabili, ecc.;
- controlli su voci e poste di bilancio in caso di presenza di anomalie;
- verifiche sulla mappatura delle aree a rischio;
- controlli contabili a sua discrezione;
- verifiche sul documento di Valutazione dei Rischi in ambito di sicurezza e del suo costante aggiornamento;
- interventi coordinati con il responsabile della sicurezza per monitorare l'adeguatezza degli impianti e delle misure di salvaguardia del luogo di lavoro adottate.

Al riguardo è opportuno formalizzare le attività dell'OdV in un piano specifico (ovvero un calendario delle attività previste, con una spiegazione dei singoli interventi), in modo tale da agevolare anche

l'interazione dell'OdV con le altre funzioni aziendali, definire gli obiettivi, la programmazione delle attività, il *budget* di spesa, le risorse da impiegare, nonché le esigenze di *reporting*. Infine, in quanto organismo preposto al controllo dell'osservanza del MOG, l'OdV, qualora venga a conoscenza di eventuali violazioni del MOG, ha il compito di proporre al consiglio di amministrazione le sanzioni disciplinari che si rendono applicabili in conformità alle disposizioni previste dal modello medesimo.

b. Attività di aggiornamento del MOG

Le modifiche al MOG sono apportate dal consiglio di amministrazione su proposta dell'OdV (in merito ai motivi per l'aggiornamento del MOG si rinvia a quanto già esposto al par. 6.2, n. 12).

c. Attività di formazione

Si ritiene compito dell'OdV quello di promuovere iniziative per la formazione e la comunicazione del MOG predisponendo, a tal fine, la documentazione necessaria e pianificando, insieme alle altre funzioni aziendali competenti, sessioni informative che abbiano ad oggetto i punti cardine del Decreto, nonché gli aspetti di rilievo del MOG adottato dalla società.

d. Obblighi di segnalazione

Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. 21 novembre 2007 n. 231 (di seguito "D.Lgs. 231/2007"), l'OdV, istituito presso intermediari finanziari ed altri soggetti esercenti attività finanziaria e attività specifiche come indicati negli artt. 10, 11 e 14 del Decreto citato, deve:

1. comunicare tempestivamente alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7, comma 2, del D.Lgs. 231/2007 circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica della clientela, l'organizzazione, la registrazione, le procedure ed i controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti destinatari della normativa ex D.Lgs. 231/2007, ai fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;
2. comunicare tempestivamente al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 41 del D.Lgs. 231/2007 ("*Segnalazione di operazioni sospette*"), di cui ha notizia;
3. comunicare, entro trenta giorni, al Ministero dell'Economia e delle Finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 49, comma 1, 5, 6, 7, 12 e 13 ("*Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*") e all'art. 50 del D.Lgs. 231/2007 ("*Divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia*");
4. comunicare, entro trenta giorni, alle Autorità di vigilanza di settore le infrazioni alle disposizioni contenute nell'art. 36 del D.Lgs. 231/2007, di cui ha notizia ("*Obblighi di registrazione*").

7.2 I requisiti dell'Organismo di Vigilanza e dei suoi componenti

I requisiti dell'OdV possono essere individuati nei seguenti:

1. autonomia;
2. indipendenza;
3. professionalità;
4. continuità di azione;
5. onorabilità ed assenza di conflitti di interesse.

1. **Autonomia:** si tratta fundamentalmente di un'autonomia decisionale, qualificabile come imprescindibile libertà di autodeterminazione e d'azione, con totale esercizio della discrezionalità tecnica nell'espletamento delle proprie funzioni. L'autonomia sarà in primo luogo nei confronti degli altri organi societari, soprattutto rispetto ai vertici ed al *management*, in modo tale che l'OdV possa agire libero da condizionamenti o pressioni. Per garantirgli tale requisito, è indispensabile che non gli siano attribuiti compiti operativi che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul MOG. A tal fine, l'OdV dovrà godere di autonomia di spesa, ovvero dovrà essere dotato di un *budget*, preventivamente deliberato dall'organo amministrativo, per evitare qualsiasi posizione di sudditanza rispetto alla dirigenza²³.
2. **Indipendenza:** il riferimento è ovviamente rispetto alla società. L'operato dell'OdV deve essere scevro da condizionamenti dipendenti da legami di sudditanza rispetto al vertice di controllo. Deve trattarsi di un organo terzo, collocato in posizione di indipendenza anche gerarchica, capace di adottare provvedimenti ed iniziative autonome.
3. **Professionalità:** l'OdV deve essere professionalmente capace ed affidabile, sia per quanto riguarda i singoli membri che lo compongono, sia nella sua globalità. Deve disporre, come organo, delle cognizioni tecniche e delle professionalità necessarie al fine di espletare al meglio le funzioni affidategli. A tal fine, potrà avvalersi delle specifiche competenze dei singoli membri oppure di altri organi e/o funzioni aziendali quali, a titolo esemplificativo, quelle di *Compliance*, *Internal audit (risk management)*, ove esistente), gestione delle risorse umane, nonché di consulenti esterni.
4. **Continuità d'azione:** l'OdV svolge le funzioni assegnatagli, in via continuativa, seppur non in modo esclusivo in quanto, come già sottolineato, può avvalersi del supporto di altri organi aziendali di controllo e monitoraggio (e.g. *Internal audit* e *Compliance*).
5. **Onorabilità e mancanza di conflitti di interesse:** ovvero non può essere nominato membro dell'OdV e, se del caso, decade dalla carica, il soggetto che:
 - sia interdetto, inabilitato o fallito o che sia comunque stato condannato per uno dei reati previsti dal Decreto o, comunque, ad una delle pene che comporti l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità di esercitare uffici direttivi;
 - abbia relazioni di parentela, coniugio o affinità entro il quarto grado con i membri del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale della Società, nonché con i medesimi membri delle società controllanti e/o controllate o con i membri della società di revisione;
 - abbia rapporti patrimoniali (fatto salvo l'eventuale rapporto di lavoro subordinato) con la Società o le società controllate o che la controllano, tale da comprometterne l'indipendenza.

7.3 La composizione dell'Organismo di Vigilanza

In assenza di disposizioni specifiche, si può ritenere parimenti legittima sia l'istituzione di un OdV di tipo monosoggettivo quanto di tipo plurisoggettivo, rimettendo all'autonomia dell'ente la scelta della soluzione più idonea.

²³ Ci si domanda se, con riferimento all'OdV di composizione plurisoggettiva, il requisito di autonomia ed indipendenza debba essere riferito ai singoli componenti dell'OdV o all'organismo nel suo insieme. Ad esempio, le Linee Guida di Confindustria ritengono che, con riferimento ai componenti dell'organismo reclutati all'esterno, tali requisiti debbano essere riferiti ai singoli componenti. Al contrario, se reclutati all'interno dell'azienda, poiché risulterebbe praticamente impossibile la totale indipendenza di tali soggetti dall'ente, il grado di indipendenza dovrà essere valutato nella sua globalità.

Al riguardo, si può evidenziare che il ricorso al primo tipo di composizione sarebbe maggiormente aderente alle esigenze di realtà imprenditoriali caratterizzate da:

- (i) una minore complessità sotto il profilo della struttura organizzativa;
- (ii) profili di rischio reato, accertati nel processo di mappatura delle aree sensibili, non rilevanti e non altamente differenziati, tali da non richiedere variegate e specifiche professionalità rinvenibili in più soggetti²⁴;
- (iii) processi aziendali non numerosi e di semplice monitoraggio.

Al contrario, il ricorso alla composizione plurisoggettiva si rivela indispensabile quando la realtà aziendale:

- (a) risulta essere caratterizzata da un elevato livello di complessità organizzativa, da una struttura dotata di numerose funzioni, ovvero più divisioni;
- (b) è dotata di più organi/comitati societari (consiglio di amministrazione, collegio sindacale, comitato per il controllo interno, ecc.), comportando la presenza di più interlocutori dell'OdV;
- (c) presenta profili di rischio reato importanti e differenziati, tali da richiedere professionalità distinte e conoscenze di differenti settori;
- (d) è caratterizzata da un elevato numero di processi sensibili, a causa della complessità dell'attività sociale svolta.

- **OdV monosoggettivo**

Società caratterizzate da una minore complessità possono, come detto, adottare un OdV monosoggettivo. In tal caso, appaiono idonei a ricoprire tale ruolo, ad esempio, l'amministratore indipendente, soggetto che garantisce sia il possesso dei requisiti di competenza e professionalità sia di autonomia ed indipendenza, come anche il responsabile di una delle funzioni di controllo (*Compliance* o *Audit*), anch'essi in grado di soddisfare sia i requisiti di professionalità quanto quelli di autonomia ed indipendenza.

Non sembra invece opportuna la nomina di un soggetto esterno quale unico membro dell'OdV, in quanto un soggetto esterno non può avere la medesima conoscenza della realtà operativa ed aziendale dell'ente che può avere un soggetto interno.

- **OdV plurisoggettivo**

La scelta se adottare o meno un OdV plurisoggettivo dipende da una serie di fattori ravvisabili nella complessità della struttura organizzativa, nel profilo di rischio reato esistente, nel tipo di processi aziendali operanti nella realtà imprenditoriale, nel numero di organi societari esistenti.

L'OdV plurisoggettivo è di norma composto da almeno 3 membri. Considerati i compiti che l'OdV è chiamato a svolgere, si ritiene che complessivamente debba essere in grado di esprimere competenze e professionalità almeno nelle seguenti aree:

- legale e controlli di conformità e/o di *Audit*;
- predisposizione dei protocolli;
- gestione del personale;
- linee di *business*.

Tali professionalità possono essere trovate anche all'interno dell'ente stesso. Ad esempio, per quanto riguarda le competenze legali e nell'ambito dei controlli le stesse possono essere rinvenute tra i responsabili o gli addetti alle funzioni di *Compliance/Audit* e legale, mentre per quanto riguarda la specifica

²⁴ Appare evidente, pertanto, la necessità di disporre di una bozza pressoché completa del MOG per addivenire ad una scelta oculata dei componenti dell'OdV.

conoscenza delle aree di business e delle modalità operative dell'ente si potrà attingere all'alta direzione dell'ente: un amministratore (magari indipendente) o un dirigente nelle aree amministrazione e finanza.

Considerati i requisiti di autonomia ed indipendenza che l'OdV deve possedere, deve ritenersi opportuno che:

- (i) almeno uno dei suoi membri, sia esterno e in possesso dei requisiti di indipendenza previsti per il collegio sindacale di cui all'art. 2399 c.c. (in questo caso non potrebbero essere nominati membri dell'OdV: (a) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza; (b) il coniuge i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo);
- (ii) laddove si preveda la possibilità di nominare membro dell'OdV un amministratore, questo abbia adeguati requisiti di indipendenza quali ad esempio quelli dell'art. 3.C.1 del Codice di Autodisciplina per le società quotate.

- **Il collegio sindacale e l'OdV**

Benché il collegio sindacale svolga compiti di vigilanza che in qualche misura possono richiamare quelli dell'OdV, deve escludersi che tale organo possa anche rivestire il ruolo di OdV sulla base di considerazioni, da un lato, di carattere tecnico che si basano sull'impossibilità di riconoscere al collegio sindacale la presenza di tutti i requisiti sopra descritti, ed in particolare quello della continuità di azione, e, dall'altro lato, di carattere sistematico, che poggiano il proprio fondamento sulla diversità di ruoli dei soggetti in esame. L'OdV, quale struttura insita nel sistema di controlli e appartenente all'organizzazione d'impresa, è investito di un insieme di compiti dinamici e proattivi, sotto il profilo propositivo, informativo, consulenziale e di aggiornamento del MOG; il collegio sindacale, invece, è un organo di alta vigilanza e di presidio del rischio legale d'impresa, finalizzato alla tutela di un ampio e differenziato ventaglio di beni ed interessi pubblici e privati.

Anche da un punto di vista pratico, attribuire al collegio sindacale la funzione di OdV rischierebbe di comportare un aggravio eccessivo di compiti, funzioni e responsabilità in capo ad un organo comunque di fondamentale importanza nell'assetto societario, con il rischio di ostacolarne l'attività principale e le funzioni sue proprie.

Resta ferma la possibilità che un sindaco della società sia nominato anche membro dell'OdV quando quest'ultimo sia un organo plurisoggettivo.

- **l'OdV e le funzioni di *Audit* e *Compliance***

Come anticipato, i soggetti che svolgono all'interno dell'ente funzioni di *Compliance* o di *Audit* sono tra quelli che per conoscenza dell'ente, per aree di specifica competenza ed indipendenza organizzativa dagli organi direttivi e dalle funzioni operative, possono ricoprire la carica di membro dell'OdV. Deve tuttavia evidenziarsi che, laddove i responsabili delle funzioni di *Audit* o di *Compliance* dovessero essere nominati membro unico dell'OdV, i due organi rimarrebbero distinti ed autonomi in quanto diversi sono i rispettivi compiti e finalità.

Resta inteso che, in ogni caso, le funzioni di *Compliance* e *Audit* sono interlocutrici naturali e privilegiate dell'OdV, con le quali mantenere un costante scambio di informazioni sia al fine di vigilare concretamente sul concreto funzionamento del MOG, sia al fine di raccogliere ogni informazione utile per l'aggiornamento

del modello stesso. Inoltre non è escluso che l'OdV possa avvalersi di tali funzioni per effettuare controlli e *stress test* funzionali all'espletamento dei propri compiti.

7.4 La nomina e la revoca dell'Organismo di Vigilanza

La nomina dell'OdV spetta al consiglio di amministrazione tramite apposita delibera consiliare che deve disciplinare anche gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'organismo stesso, alle sue vicende evolutive, ai requisiti soggettivi dei relativi componenti. La nomina deve essere accompagnata dall'esplicitazione del criterio adottato in sede di individuazione sia della tipologia di organo/funzione investita dal ruolo di OdV, che delle ragioni che hanno indotto a compiere quella scelta e a designare i singoli componenti dell'OdV. Ricade sempre sotto la responsabilità dell'organo dirigente la valutazione periodica circa l'adeguatezza dell'OdV, vuoi con riferimento alla struttura organizzativa, vuoi con riguardo ai poteri conferiti: di conseguenza, spetta sempre al primo adottare le modifiche e le interazioni ritenute necessarie.

La durata dell'incarico dovrebbe essere triennale e non rinnovabile: ciò in quanto più mandati consecutivi potrebbero creare situazioni di connivenza.

Il compenso da attribuire per l'incarico svolto – di natura onerosa – è sempre stabilito dall'organo dirigente, in misura congrua alle funzioni e responsabilità tipiche di un organo gerarchicamente di vertice; da non ritenersi opportuna l'attribuzione di premi od altro tipo di retribuzione in misura variabile, come parametrata agli utili della società, attesa la necessaria autonomia da questa, nonché l'estraneità da ogni coinvolgimento diretto e/o indiretto nella gestione. Inoltre, per assicurare una certa autonomia all'OdV, è necessario istituire un fondo con un adeguato *budget* di spesa, del quale l'OdV potrà disporre liberamente per l'espletamento delle sue funzioni.

La revoca dei membri dell'OdV avviene per delibera del consiglio di amministrazione, ferma restando la necessità di una segnalazione contestuale di garanzia agli altri organi sociali (il collegio sindacale e/o l'assemblea), quand'anche non abbiano competenza e potere di intervenire direttamente nel procedimento di revoca. La revoca può intervenire, generalmente, per ipotesi di giusta causa, coincidenti, ad es., con:

- a. grave inadempimento dei doveri di vigilanza e di verifica dell'efficace attuazione del MOG;
- b. sentenza di condanna contro l'ente per il compimento di un reato-presupposto agevolato dall'inattività del membro dell'organo di vigilanza;
- c. sentenza di condanna contro il componente dell'organo per fatti connessi al suo incarico, oltre che dichiarazioni di interdizione, inabilitazione, fallimento nei confronti del predetto;
- d. incompatibilità con l'incarico, dovuta a legami personali, o rapporti professionali/economici, tra componente dell'organo e soggetti sottoposti al suo controllo istituzionale;
- e. conflitto di interessi con la società sottoposta al suo controllo.

7.5 La responsabilità imputabile ai membri dell'Organismo di Vigilanza

Come meglio precisato nei paragrafi precedenti, all'OdV spettano i compiti di controllo, verifica, vigilanza, proposta, aggiornamento, attivazione delle procedure disciplinari, ma l'assunzione finale dell'atto compete sempre agli amministratori. Del resto tale considerazione trova fondamento nel dettato normativo che individua nell'organo dirigente l'unico soggetto responsabile dell'adozione ed efficace attuazione del MOG, nonché del suo aggiornamento (l'OdV deve, infatti, limitarsi a proporre le modifiche necessarie all'aggiornamento del MOG, ma è pur sempre l'organo dirigente ad apportarle).

Appare pertanto evidente che in capo all'OdV non possa configurarsi alcuna responsabilità per il risarcimento dei danni derivanti dall'inadeguatezza del MOG e del suo mancato/carente funzionamento, in concorso con quella degli amministratori. I membri dell'OdV, quindi, non potranno vedersi addebitare, in via di responsabilità concorrente, pregiudizi subiti dai soci/creditori/terzi in conseguenza di fatti od omissioni dell'organo gestorio concretizzatisi in carenze o malfunzionamenti del MOG. Per tali fatti od omissioni, gli stessi amministratori potranno essere chiamati a rispondere nei confronti dei soci o dei terzi creditori *ex art. 2392 c.c.*, non potendosi previamente liberare delle relative responsabilità mediante la delega sul monitoraggio attribuita all'OdV²⁵.

D'altra parte quanto appena precisato non esclude che ciascun membro dell'OdV possa essere ritenuto responsabile dei danni provocati da eventuali sue inadempienze sotto il profilo contrattuale, in virtù dell'incarico conferitogli, e/o extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*

Per quanto riguarda invece eventuali responsabilità di tipo penale, in capo all'OdV, si discute sull'applicabilità della disposizione di cui all'art. 40, comma 2, del c.p., la c.d. causalità omissiva, che fa insorgere la responsabilità, non solo in capo all'agente che abbia cagionato un evento dannoso o pericoloso come conseguenza di una sua azione od omissione, ma anche al soggetto che non impedisce un evento che ha l'obbligo giuridico di impedire. Il componente dell'OdV, pertanto, potrebbe essere ritenuto responsabile per non aver provveduto efficacemente ad impedire un evento rispetto al quale era gravato da specifici obblighi di prevenzione e controllo.

La dottrina sembra unanime nel ritenere che tale soluzione non sia in linea con i dettati normativi e, pertanto, perseguibile sul piano pratico. Infatti, con riguardo al funzionamento del modello, la supervisione dell'OdV avviene sulla base di criteri interni la cui rilevanza esteriore, sotto il profilo penalistico, difficilmente può tradursi in un obbligo giuridico di impedire un evento.

Al contrario, l'obbligo disciplinato all'art. 52 del D.Lgs. 231/2007 spettante all'OdV degli intermediari finanziari (relativo alla vigilanza sull'osservanza delle disposizioni antiriciclaggio), costituendo un obbligo vero e proprio, non può che comportare, nel caso di una violazione dello stesso, una responsabilità – penale – del soggetto tenuto a rispettare tale obbligo.

Inoltre, non si può neppure escludere una responsabilità penale dei membri dell'OdV ove gli stessi abbiano preso parte direttamente, attraverso l'omissione delle proprie funzioni di vigilanza, ad un illecito compiuto da altri. In questo caso la responsabilità si radicherebbe ai sensi dell'art. 110 c.p. in tema di concorso di persone nel reato, sul presupposto di una volontaria partecipazione alla condotta criminosa posta in essere dall'agente.

²⁵ Sulla responsabilità degli amministratori è intervenuta anche la giurisprudenza, la quale ha sancito la responsabilità civile in capo agli amministratori anche per i danni derivati alla società dall'esborso di una sanzione amministrativa, subita a causa della mancata adozione dei MOG. La pronuncia emessa dal Tribunale di Milano prende posizione in maniera chiara e diretta a favore di una sorta di obbligatorietà nell'adozione dei MOG all'interno delle organizzazioni imprenditoriali (Trib. Milano, sent. 13 febbraio 2008, n. 1774).

8. Il codice etico

Il rispetto dell'etica degli affari da parte della società è uno dei punti fondamentali della disciplina introdotta dal D.Lgs. 231/2001.

Il codice etico è quindi il documento che raccoglie ed esplicita i principi, i valori etici a cui tutti gli amministratori, dipendenti e collaboratori a vario titolo della società dovrebbero ispirarsi nell'esercizio della propria attività, accettando responsabilità, assetti, ruoli e regole della cui violazione essi assumono la personale responsabilità verso l'interno e l'esterno dell'azienda. Ne consegue che anche al codice etico può essere riconosciuta una valenza di deterrente.

A differenza di altri strumenti di *Corporate Governance*, il codice etico dovrebbe sempre essere presente in caso di adozione di un MOG²⁶.

Il codice etico, dunque, oltre che prevedere i principi quali (i) il rispetto delle leggi e dei regolamenti vigenti in tutti i Paesi in cui l'ente opera; (ii) la correttezza della registrazione, autorizzazione, verificabilità, legittimità, coerenza e congruità di ogni operazione (transazione); (iii) i principi base relativamente ai rapporti con gli interlocutori dell'ente, deve racchiudere l'insieme dei principi, dei valori e delle attitudini che permeano il tessuto connettivo aziendale.

Pertanto, i principi sopra esposti dovrebbero essere integrati con i seguenti:

1. principi generali ispiratori dell'attività della società:
 - imparzialità;
 - onestà;
 - correttezza in caso di potenziali conflitti di interesse;
 - riservatezza;
 - valorizzazione dell'investimento azionario;
 - valore delle risorse umane;
 - equità dell'autorità;
 - integrità delle persone;
 - trasparenza e completezza dell'informazione;
 - diligenza e accuratezza nell'esecuzione dei compiti;
 - correttezza ed equità nella gestione delle operazioni;
 - qualità dei servizi e/o dei prodotti;
 - concorrenza leale.
2. criteri di condotta nelle relazioni con gli azionisti:
 - i principi di *Corporate Governance* come previsti dal Codice di Autodisciplina;
 - il controllo sulle informazioni *price sensitive*;
 - la trasparenza verso il mercato.
3. criteri di condotta nelle relazioni con tutti i collaboratori:
 - in merito alla selezione del personale, costituzione del rapporto di lavoro, gestione del personale;
 - valorizzazione e formazione delle risorse;
 - tutela della *privacy*;
 - doveri dei collaboratori con particolare riferimento alla gestione delle informazioni, ai conflitti di interesse, all'utilizzo dei beni aziendali.
4. criteri di condotta nelle relazioni con i clienti:
 - principi di imparzialità e trasparenza;
 - assistenza della clientela;
 - controllo della qualità e *customer satisfaction*;

²⁶ Si vedano anche le Linee Guida di Confindustria, dove vengono esplicitati i seguenti principi:
- rispetto delle leggi e dei regolamenti vigenti in tutti i Paesi in cui l'ente opera;
- correttezza della registrazione, autorizzazione, verificabilità, legittimità, coerenza e congruità di ogni operazione transazione;
- principi base relativamente ai rapporti con gli interlocutori dell'ente: P.A. in genere.

- coinvolgimento della clientela.
5. criteri di condotta nelle relazioni con i fornitori:
 - scelta del fornitore;
 - integrità e indipendenza nei rapporti;
 - tutela degli aspetti etici nelle forniture.
 6. criteri di condotta nelle relazioni con la collettività:
 - organizzazioni sindacali e associazioni;
 - *sponsor*;
 - attività di *lobby*;
 - istituzioni pubbliche e amministrazioni pubbliche;
 - autorità di vigilanza.
 7. modalità di attuazione del codice etico: i compiti e le responsabilità in materia di attuazione del codice etico potrebbero essere attribuiti al comitato per il controllo interno o, in assenza dello stesso, al consiglio di amministrazione.

Nelle società in cui è già presente un codice etico, sarebbe opportuno verificare la congruità dello stesso alle esigenze di cui alla normativa e allegarne il testo al MOG.

SEZIONE II - PARTE SPECIALE

SCHEDA RELATIVE AI REATI RICHIAMATI DALLA DISCIPLINA DEL D. LGS. 231/01

ART. 24 DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 316-bis, 316-ter, 640, comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.

2. Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità o è derivato un danno di particolare gravità, si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.

3. Nei casi previsti dai commi precedenti, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e).

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 24 del D.Lgs. n. 231/01 sono:

316-bis

316-ter

640, comma 2, n. 1

640-bis

640-ter se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico

REATI PRESUPPOSTO

316-bis Malversazione a danno dello Stato

Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel minimo fino a euro 129.114 e nel massimo fino a euro 774.685;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione (di seguito "P.A.")²³, pone in essere la condotta criminosa in oggetto.

Fattispecie oggettiva del reato: distrazione, anche solo parziale, di *contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse*. Il delitto si perfeziona nel momento in cui i fondi vengano destinati a scopi diversi da quelli per i quali sono stati concessi ovvero laddove venga eluso il vincolo di destinazione gravante su tali somme²⁴.

Controversa risulta l'ipotesi in cui le somme di denaro vengano destinate ad una finalità di pubblico interesse ma diversa da quella per cui l'erogazione era stata concessa; la dottrina prevalente è concorde nel ritenere che possa ammettersi, anche in questo caso, l'esistenza di reato non già però imperniato sulla frustrazione di un interesse pubblico generico, bensì di un interesse specifico e vincolante per il cui soddisfacimento l'erogazione era stata accordata.

Presupposti per la configurabilità del reato: ottenimento da parte dell'agente di contributi, sovvenzioni, finanziamenti pubblici concessi cioè dallo Stato, altro ente pubblico, Comunità Europee e conseguente distrazione degli stessi, ovvero quando il soggetto non destina le somme perché le ritiene per sé o per altri, oppure, quando le destina ma per finalità diverse da quelle di cui alla causale del finanziamento.

Elemento soggettivo: dolo generico che ci sostanzia nella consapevolezza di sottrarre le risorse (contributi, finanziamenti, sovvenzioni pubblici) ad uno scopo prefissato *ab origine*.

RISCHI CONNESSI

Il reato appena descritto può avere rilevanza in relazione all'attività degli intermediari mobiliari essenzialmente nei seguenti casi:

²³ Non deve essere cioè un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio.

²⁴ Si ritiene inoltre che, ai fini della configurabilità del reato, sia sufficiente anche la semplice inutilizzazione del finanziamento.

1. qualora le sovvenzioni pubbliche siano erogate direttamente a favore di una SIM, o di una banca d'investimento, per la realizzazione di iniziative di pubblico interesse e la SIM, o la banca, le destini a finalità diverse da quelle per le quali le somme erano state concesse;
2. qualora le sovvenzioni siano erogate a favore di un terzo, per il tramite di una SIM o di una banca, e il soggetto terzo le distraiga dalla finalità prestabilita con il concorso di un soggetto apicale, di un dipendente o di un soggetto a questo equiparato dell'intermediario.

Stanti le caratteristiche del reato non si può escludere che lo stesso possa essere posto in essere a vantaggio o nell'interesse, anche se solo indiretto e/o mediato, dell'intermediario.

ASPETTI PROCEDURALI

In relazione ad entrambe le ipotesi di rischio sopra evidenziate appare opportuno prevedere una procedura per l'impiego e/o destinazione di contributi, finanziamenti e sovvenzioni pubblici che richieda, tra l'altro, l'obbligo di documentare/tracciare e/o, all'occorrenza, motivare ogni fase rilevante del processo di impiego. Si ritiene inoltre opportuno che tale procedura provveda, tra l'altro, ad indicare i criteri per l'individuazione di quei finanziamenti, contributi e sovvenzioni rilevanti ai fini di cui in oggetto.

Qualora più uffici o funzioni siano coinvolti nel processo di impiego, occorre prevedere un obbligo di continuità logica e documentale delle diverse fasi/attività, individuando un soggetto responsabile dell'intero processo (*process owner*).

Se prima dell'erogazione o dell'utilizzo è prevista una fase istruttoria che si conclude con una decisione demandata ad un unico soggetto/funzione, si consiglia di disporre che la motivazione di quest'ultimo richiami con puntualità i singoli aspetti rilevanti dell'intera istruttoria.

316-ter Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato

Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a euro 25.822. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D.LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel minimo fino a euro 129.114 e nel massimo fino a euro 774.685;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: indebito conseguimento, *per sé o per altri, di contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee, a mezzo dell'esibizione di documentazione falsa o con l'omissione di informazioni dovute.*

Perché il reato si consumi è necessario che il soggetto agente consegua effettivamente l'indebita percezione. Il tentativo è configurabile, così come potrà configurarsi anche l'ipotesi della desistenza volontaria (ad es., se il soggetto presenta dei documenti falsi per ottenere una determinata erogazione ma successivamente omette di presentare altri documenti che, al momento della consegna della domanda, si era riservato di produrre, a pena di inammissibilità della domanda stessa.).

Il reato in commento si trova in rapporto di sussidiarietà/residualità e non di specialità con il reato di cui all'art. 640-bis (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), di cui si dirà in seguito. L'art.640bis punisce una peculiare forma di truffa e cioè la captazione abusiva di risorse pubbliche realizzata facendo ricorso ai tipici espedienti della truffa, ovvero degli "artifici o raggiri". A differenza di tale ultima fattispecie, l'art. 316-ter non fa riferimento agli artifici e/o raggiri ma si include condotte fraudolente di minore intensità quali dichiarazioni o documenti utilizzati in maniera irregolare: più precisamente, il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche consiste nel conseguirle "mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute". In tal modo il legislatore ha garantito che nessuna condotta illecita, mediante la quale si ottengano indebite erogazioni pubbliche, possa rimanere penalmente irrilevante²⁵.

Il reato in oggetto non si configura qualora il contributo ottenuto in modo indebito sia inferiore a euro 3.999,96; in tal caso il fatto costituisce esclusivamente illecito amministrativo.

²⁵ Falsità e omissioni di informazioni dovute (art. 316-ter) costituiscono un *minus* rispetto agli artifici e ai raggiri di cui all'art. 640-bis.

Elemento soggettivo: dolo generico consistenze nella consapevolezza e nella volontà di esibire documentazione falsa o non completa al fine di ottenere contributi/finanziamenti ecc da parte dello Stato.

RISCHI CONNESSI

Con riferimento a tale ipotesi criminosa, può radicarsi una responsabilità per l'intermediario qualora la condotta illecita di dipendenti, soggetti ad essi equiparati e soggetti in posizione apicale sia stata posta in essere per assicurare all'ente un finanziamento cui non avrebbe diritto. Perché possano individuarsi aree di rischio è preliminarmente necessario appurare se rientra tra le possibilità o opportunità operative del singolo intermediario richiedere o conseguire erogazioni pubbliche.

Qualora invece il soggetto attivo del reato sia cliente dell'intermediario, la responsabilità dell'ente può aversi nel caso in cui un soggetto in posizione apicale, un dipendente o un soggetto ad esso equiparato concorrano scientemente nella realizzazione della condotta criminosa, ad esempio agevolando la produzione di documentazione falsa. Resta inteso che rilevano ai fini della responsabilità ex Decreto 231/01 unicamente i concorsi di reato commessi dai soggetti di cui sopra con vantaggio o interesse dell'ente.

ASPETTI PROCEDURALI

In relazione alla commissione del reato in oggetto appare opportuno prevedere, qualora non fossero già state adottate, procedure di controllo e verifica della veridicità e completezza della documentazione allegata alle richieste di erogazione presentate a nome proprio dall'intermediario.

Relativamente al rischio di un concorso dell'intermediario nel reato di specie commesso dal proprio cliente appare utile che il rilascio di documentazione e/o certificazioni alla clientela ai fini di cui in oggetto avvenga attraverso sistemi informatici che non consentano la modifica manuale dei dati (salvo per gli *administrator* del sistema, la cui attività in rete dovrebbe essere sempre tracciabile) ma garantiscano la tracciabilità di ogni documento richiesto e rilasciato nonché dell'operatore che ha evaso tali richieste.

Qualora invece l'intermediario agisca da tramite in relazione a richieste di erogazioni presentate dalla propria clientela occorre prevedere che, qualora l'operatore abbia il sospetto o la certezza che la documentazione non sia veritiera o sia fraudolentemente incompleta, l'intermediario si astenga dall'avanzare la richiesta per conto del cliente.

640 Truffa *

Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549:

1. se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;

2. se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'autorità.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante.

*Rileva, ai fini del Decreto 231/01, esclusivamente il comma 2, n.1.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D.LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel minimo fino a euro 129.114 e nel massimo fino a euro 774.685;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva di reato: consiste nell'induzione di taluno in errore attraverso artifici o raggiri con conseguimento di un profitto, anche non economico, per l'autore del reato e produzione di un danno patrimoniale per la vittima.²⁶ L'artificio è solitamente definito come una manipolazione o trasfigurazione della realtà esterna, provocata mediante la simulazione di circostanze inesistenti o – per contro – la dissimulazione di circostanze esistenti; il raggiri è fatto consistente, invece, in una attività simulatrice sostenuta da parole o argomentazioni atte a far scambiare il falso per vero²⁷. A differenza degli artifici, che necessitano di una proiezione nel mondo esterno, i raggiri possono dunque esaurirsi in una semplice attività di persuasione che influenza la psiche altrui, a prescindere da qualsiasi messa in scena.

La consumazione del reato si ha nel momento in cui l'agente, inducendo in errore il soggetto passivo mediante gli artifici e i raggiri, consegue effettivamente un ingiusto profitto a danno della vittima.

Soggetto passivo: chi ha sofferto il danno causato dai raggiri o artifici. Il soggetto passivo può essere anche soggetto diverso da quello tratto in inganno.

Elemento soggettivo: dolo generico.

²⁶ Si può tuttavia configurare anche solo come lucro cessante e non necessariamente come danno emergente.

²⁷ La giurisprudenza dominante si è più volte pronunciata nel senso di includere nei raggiri anche il *silenzio* su alcune circostanze da parte di un soggetto gravato dal dovere giuridico di farle conoscere (si veda Cass. II, 10-2-2006, n.10231).

Rilevanza ai fini 231/01: la disposizione in esame è presa in considerazione ai fini di cui al D.Lgs. n. 231/01 con esclusivo riferimento alle ipotesi in cui la truffa sia commessa in danno dello Stato o di altro ente pubblico²⁸.

RISCHI CONNESSI

In linea teorica può ravvisarsi un pericolo per il radicarsi della responsabilità dell'ente nel caso in cui i dipendenti o soggetti a questi equiparati o i soggetti in posizione apicale pongano in essere truffe in danno, ad esempio, di enti previdenziali o di amministrazioni locali nell'interesse e/o a vantaggio, seppur non esclusivo, dell'intermediario. Simili ipotesi potrebbero verificarsi, ad esempio, in relazione ad attività di **collocamento/negoziazione/strutturazione** di strumenti/prodotti finanziari, in particolare di derivati non standardizzati, per conto di enti appartenenti alla P.A. e.

Da non trascurare neppure l'ipotesi in cui un soggetto in posizione apicale, un dipendente o un soggetto ad esso equiparato, concorra con il cliente dell'intermediario alla commissione del reato di truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico con reciproci interessi/vantaggi sia per il cliente sia per l'intermediario (vantaggio indiretto). Da togliere???

ASPETTI PROCEDURALI

In relazione al reato in oggetto, si consiglia di adottare supplementi procedurali che prevedano particolari cautele qualora il cliente sia un ente pubblico nonché nei casi in cui l'intermediario operi in qualità di consulente di un cliente che intenda concludere affari con la P.A.

Tali procedure possono prevedere obblighi aggiuntivi di *reporting* alle funzioni di direzione/controllo e di decisione congiunta di più soggetti coinvolti. Appare parimenti opportuno il coinvolgimento di legali interni e/o esterni nella predisposizione e nella verifica della documentazione contrattuale destinata al cliente P.A. nonché il loro coinvolgimento in tutti i passaggi delle trattative, inclusi gli incontri tra le parti.

²⁸ Ovvero sia volta a far esonerare taluno dal servizio militare (questa seconda ipotesi allo stato attuale ha perso di rilevanza alla luce dell'abolizione del servizio di leva obbligatorio).

640-bis Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche

La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominati, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel minimo fino a euro 129.114 e nel massimo fino a euro 774.685;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque.

Fattispecie oggettiva di reato: la condotta criminosa consiste nell'induzione di taluno in errore attraverso artifici o raggiri per il conseguimento di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee. La fattispecie è costituita dagli stessi requisiti della truffa, fatta salva la specificità inerente all'oggetto della frode²⁹.

Soggetto passivo: chi ha sofferto il danno causato dai raggiri/artifizi. Il soggetto passivo può essere anche soggetto diverso da quello tratto in inganno.

Presupposti per la configurabilità del reato: ottenimento da parte del soggetto attivo di contributi/sovvenzioni/finanziamenti/pubblici (concessi, cioè, dallo Stato, da altro ente pubblico o da Comunità Europee).

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI

Con riferimento a tale ipotesi criminosa può radicarsi una responsabilità per l'intermediario qualora artifici e raggiri siano stati posti in essere da parte di dipendenti, soggetti ad essi equiparati e soggetti in posizione apicale per assicurare alla propria società un finanziamento cui non avrebbe diritto. Perché possano individuarsi aree di rischio è preliminarmente necessario appurare se rientra tra le possibilità o opportunità operative del singolo intermediario richiedere o far conseguire erogazioni pubbliche al cliente.

Qualora invece il soggetto attivo del reato sia cliente dell'intermediario, la responsabilità dell'ente può aversi nel caso in cui un soggetto in posizione apicale, un dipendente o un soggetto ad esso equiparato

²⁹ Per quanto concerne condotta criminosa e soggetto attivo si rinvia a quanto detto in materia di truffa, cui l'art. 640-bis fa espresso riferimento, e va altresì puntualizzato che la fattispecie ne costituisce una circostanza aggravante (si veda Cass. Sez. Unite, 21/07/2002, n. 26351) piuttosto che una ipotesi autonoma di reato come ritenuto da una precedente giurisprudenza.

concorrano scientemente nella realizzazione degli artifici e/o dei raggiri al fine di conseguire l'erogazione. Resta inteso che rilevano ai fini della responsabilità ex D.Lgs. 231/01 unicamente i concorsi di reato commessi dai soggetti di cui sopra che rechino altresì vantaggio o interesse per l'ente.

ASPETTI PROCEDURALI

In relazione alla commissione del reato in oggetto appare opportuno prevedere, qualora non fossero già state adottate, procedure di controllo e verifica della veridicità e completezza della documentazione allegata alle richieste di erogazione pubbliche presentate a nome proprio dall'intermediario.

In relazione al reato in oggetto si suggerisce di adottare supplementi procedurali che prevedano particolari cautele nella predisposizione della documentazione prodotta dall'intermediario su richiesta del cliente per i fini in oggetto. Tali procedure possono prevedere obblighi aggiuntivi di *reporting* alle funzioni di direzione/controllo e di decisione congiunta di più soggetti coinvolti. Appare parimenti opportuno il coinvolgimento dei legali interni e/o esterni nella predisposizione/verifica della documentazione sottoposta dal soggetto richiedente il finanziamento (intermediario o cliente) nonché il loro coinvolgimento in tutti gli eventuali incontri dell'intermediario con l'ente erogante o altra P.A. coinvolta nel processo.

640-ter Frode informatica

Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549 se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo comma o un'altra circostanza aggravante.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel minimo fino a euro 129.114 e nel massimo fino a euro 774.685;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta criminosa posta in essere con abuso della qualità di operatore di sistema o se il fatto sia commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare.

Fattispecie oggettiva del reato: la fattispecie in questione è volta a reprimere le ipotesi di illecito arricchimento ottenuto per il tramite dell'impiego fraudolento di un sistema informatico che può realizzarsi tramite la creazione di una interferenza tanto in fase di raccolta, inserimento ed elaborazione dei dati, quanto in fase di emissione degli stessi. La condotta criminosa può pertanto articolarsi:

- a) in qualsiasi alterazione del funzionamento di un sistema informatico che può generare un ingiusto profitto, con altrui danno, per il soggetto agente (attivo) e/o per altri;
- b) nell'intervento abusivo (senza averne il diritto) su dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema o ad essi pertinenti che può procurare un ingiusto profitto, con altrui danno, per il soggetto agente (attivo) o per altri.

Soggetto passivo: chi ha sofferto il danno causato dalla manipolazione del sistema informatico o telematico.

Elemento soggettivo: dolo generico.

Rilevanza ai fini del D.Lgs. 231/01: la disposizione in esame è presa in considerazione ai fini di cui al D.Lgs. 231/01 con esclusivo riferimento alle ipotesi in cui la frode informatica sia commessa in danno dello Stato o di altro ente pubblico.

RISCHI CONNESSI

Stante l'uso sempre più diffuso della tecnologia informatica, in particolare per l'attività tipica degli scambi sui mercati finanziari che avviene attraverso sistemi totalmente telematici, il rischio che tale reato si verifichi risulta piuttosto elevato. Alte probabilità di rischio in tal senso si individuano(, in particolare,) con riferimento allo svolgimento dei servizi di investimento che comportino la custodia e l'amministrazione dei beni della clientela; inoltre, una particolare attenzione va prestata alle attività di negoziazione che vengono svolte tramite interconnessioni telematiche, nonché con riferimento alle raccolte telematiche di adesioni a OPA, OPS, OPV e OPVS.

ASPETTI PROCEDURALI

Le procedure per attuare un'efficace prevenzione del rischio sopra evidenziato sono essenzialmente di natura tecnologica. Si ritiene che possano anche prendere spunto dalle misure attuate per la protezione dei dati aziendali e personali (e.g. diversi livelli di accesso a tali dati) da quelle richiamate per i reati presupposto di cui al successivo articolo 24-*bis*.

ART. 24-BIS DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Delitti informatici e trattamento illecito dei dati

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615-ter, 617-quater, 617-quinquies, 635-bis, 635-ter, 635-quater e 635-quinquies del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote.

2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615-quater e 615-quinquies del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria sino a trecento quote. 3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 491-bis e 640-quinquies del codice penale, salvo quanto previsto dall'articolo 24 del presente decreto per i casi di frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico, si applica all'ente la sanzione pecuniaria sino a quattrocento quote. 4. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a), b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 3 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e).

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 24-bis del D.lgs. n. 231/01 sono:

491-bis

615-ter

615-quater

615-quinquies

617-quater

617-quinquies

635-bis

635-ter

635-quater

635-quinquies

640-quinquies

PREMESSA

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, siglata a Budapest il 23 novembre 2001, costituisce il primo accordo internazionale riguardante i crimini commessi attraverso internet o altre reti informatiche. Tale Convenzione si pone l'obiettivo di realizzare una politica comune sul tema tra gli Stati membri, attraverso l'adozione di una legislazione appropriata che consenta di combattere il crimine informatico in maniera coordinata.

Il legislatore italiano ha ratificato la citata Convenzione con la Legge 18 marzo 2008, n. 48 che ha apportato significative modifiche al nostro *corpus* normativo dal punto di vista sostanziale e processuale.

In particolar modo, i titoli VII, XII e XIII del libro secondo del codice penale sono stati oggetto di modifica e rivisitazione al fine di:

- (i) estendere la punibilità delle condotte criminose già in danno di documenti cartacei a quelle aventi ad oggetto documenti informatici;
- (ii) introdurre nuove fattispecie delittuose, poste in essere attraverso l'utilizzo di internet o di altre reti informatiche (*computer's crime*).

La portata delle modifiche introdotte ha investito anche il D.Lgs. 231/01 che, sulla scorta della previsione contenuta al nuovo articolo 24-*bis*, sancisce la punibilità, ai sensi del citato Decreto, delle condotte criminose delineate dagli articoli novellati del codice penale qualora i reati in questione siano commessi da dipendenti dell'ente, da soggetti ad essi equiparati e/o da soggetti in posizione apicale anche nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente stesso.

REATI PRESUPPOSTO

491-bis Documenti informatici

Se alcuna delle falsità previste dal presente capo riguarda un documento informatico pubblico o privato, avente efficacia probatoria, si applicano le disposizioni del capo stesso concernenti rispettivamente gli atti pubblici e le scritture private.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 400 quote cioè nel minimo fino a euro 103.291 e nel massimo fino a euro 619.748;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

La L. 48/2008 ha modificato l'art. 491-bis del codice penale abrogandone il secondo comma³⁰ che recava una definizione di documento informatico strettamente connessa con il relativo supporto elettronico. L'eliminazione del legame tra il documento e il supporto che lo ospita, che tiene conto dell'autonomia strutturale e funzionale dei dati rispetto ai supporti che li contengono, consente ora alla normativa di mantenere la propria portata applicativa, anche nell'ottica delle possibili evoluzioni tecnologiche di tali supporti informatici³¹.

In tal modo deve oggi ritenersi valida la definizione di "documento informatico" fornita dal D.P.R. 10 novembre 1997, n. 513, accolta nel D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (cd. Codice dell'Amministrazione Digitale) sulla scorta del quale, per documento informatico, deve intendersi *"la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"*³².

Ne deriva una nuova e più completa definizione di documento informatico, sostanzialmente equiparato a quello cartaceo, che si riflette nell'estensione dell'applicabilità delle norme relative alla *falsità in atti* (scritti), di cui al capo III del titolo VII, libro II del codice penale, ai reati commessi in danno di qualunque documento informatico, sia esso pubblico o privato, purché lo stesso abbia efficacia probatoria (si veda il primo comma dell'art. 491-bis).

Il legislatore ha così introdotto una sorta di tecnica di incriminazione per "rinvio" che risponde alla duplice finalità di *"non mutare la struttura delle fattispecie in funzione della diversità dell'oggetto materiale"* e *"sottoporre a identico regime sanzionatorio fatti criminosi che non si differenziano sul piano dell'oggettività giuridica ovvero della natura dell'interesse violato"*³³.

³⁰ Il secondo comma dell'art. 491-bis ante modifica recitava *"A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli"*

³¹ Per completezza si segnala che la L. 48/2008 ha inoltre parzialmente modificato il primo comma dell'articolo 491-bis.

³² Si veda l'art.1, lett. p) del D.Lgs 82/2005.

³³ Si veda la relazione illustrativa della legge 48/2008.

Condotte penalmente rilevanti estese ai reati in danno di documenti informatici:

Tabella 1

Capo III del Titolo VII, Libro II	Soggetto Attivo	Condotta Criminosa
Art. 476 ³⁴ Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici.	-Pubblico ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni; -qualsunque soggetto privato o un pubblico ufficiale al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni (in forza dell'articolo 482 c.p.).	Formazione di un atto falso o alterazione di un atto vero.
Art. 477 Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative.	-Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni; -qualsunque soggetto privato o un pubblico ufficiale al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni (in forza dell'articolo 482 c.p.).	Contraffazione o alterazione di certificati o autorizzazioni amministrative ovvero, mediante contraffazione o alterazione, simulazione dell'integrazione delle condizioni richieste per la loro validità.
Art. 478 Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in copie autentiche di atti pubblici o privati e in attestati del contenuto di atti.	-Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni; -qualsunque soggetto privato o un pubblico ufficiale al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni (in forza dell'articolo 482 c.p.).	Simulazione e rilascio in forma legale di una copia di un atto pubblico o privato la cui esistenza è solo supposta.
Art. 479 Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici.	Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni.	Falsa attestazione di dichiarazioni a lui non rese, omissione o alterazione di dichiarazioni ricevute, falsa attestazione di fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità.
Art. 480 Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o in autorizzazioni amministrative.	Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni.	Falsa attestazione in certificati o in autorizzazioni amministrative di fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità.
Art. 481 Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità.	Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni (anche se la norma testualmente si riferisce a chiunque eserciti una professione forense o sanitaria).	Falsa attestazione in certificati fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità.

³⁴ Le condotte delineate agli artt.476, 477, 478 e 479 c.p. integrano falsità materiali e ideologiche anche qualora abbiano ad oggetto documenti informatici. La giurisprudenza è infatti concorde nel ritenere che l'archivio di una pubblica amministrazione deve essere considerato alla stregua di un registro tenuto da un soggetto pubblico, con la conseguenza che la condotta del pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni e facendo uso di supporti tecnici di pertinenza della P.A., elabori un falso atto informatico destinato a rimanere nella memoria dell'elaboratore **integra una falsità in atto pubblico materiale o ideologica** (si veda in tal senso la sentenza della Cassazione, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 32812 CP). Il medesimo reato (falsità materiale o ideologica) è integrato anche dal dipendente pubblico che, nella sua funzione di addetto alla gestione degli archivi informatici di una P.A., inserisce deliberatamente dati falsi negli elaborati elettronici dell'archivio o modifica quelli esistenti (sentenza della Cassazione, Sez. VI, 28 luglio 2003 n.31720).

Capo III del Titolo VII, Libro II	Soggetto Attivo	Condotta Criminosa
Art. 482 Falsità materiale commessa dal privato.	Rif. articoli 476, 477, 478 c.p.	Rif. articoli 476, 477, 478 c.p.
Art. 483 Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico.	Chiunque.	Attestazione falsa al pubblico ufficiale di fatti dei quali l'atto pubblico, da quest'ultimo redatto, è destinato a provare la verità.
Art. 484 Falsità in registri e notificazioni.	Chiunque essendo per legge obbligato a fare registrazioni soggette all'ispezione all'Autorità di pubblica sicurezza o a fare notificazioni all'Autorità stessa circa le proprie operazioni industriali commerciali o professionali.	Produzione diretta o indiretta (sotto supervisione) di false indicazioni.
Art. 485 Falsità in scrittura privata.	Chiunque al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno.	Formazione, anche solo parziale, di una scrittura privata falsa o alterazione di una scrittura privata vera.
Art. 486 Falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato.	Chiunque.	Abuso di un foglio informatico in bianco detenuto in base ad un titolo che comporti l'obbligo o la facoltà di riempirlo. L'abuso si realizza qualora il soggetto attiva scriva un atto diverso da quello a cui era autorizzato/obbligato.
Art. 487 Falsità in foglio firmato in bianco. Atto pubblico.	Pubblico Ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni (equiparato l'incaricato di pubblico servizio);	Abuso di un foglio informatico in bianco detenuto in ragione della specifica attività lavorativa (propria del pubblico ufficiale). L'abuso si realizza qualora il soggetto attivo scriva un atto diverso da quello a cui era autorizzato/obbligato.
Art. 488 Altre falsità in foglio firmato in bianco. Applicabilità delle disposizioni sulle falsità materiali.	Insuscettibile di estensione.	Insuscettibile di estensione.
Art. 489 Uso di atto falso.	Chiunque senza essere concorso nella falsità.	Utilizzo di un atto falso.
Art. 490 Soppressione, distruzione e occultamento di atti veri.	Chiunque.	Distruzione, soppressione e occultamento di un atto pubblico o di una scrittura privata.
Art. 491 Documenti equiparati agli atti pubblici agli effetti della pena.	Insuscettibile di estensione.	Insuscettibile di estensione.
Art. 492 Copie autentiche che tengono luogo degli originali mancanti.		Nella denominazione di atti pubblici e di scritture private sono compresi gli atti originali e le copie autentiche di questi

Capo III del Titolo VII, Libro II	Soggetto Attivo	Condotta Criminosa
		ultimi, quando tengano luogo degli originali mancanti.
Art. 493 Falsità commesse da pubblici impiegati incaricati di un servizio pubblico.	Impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, incaricati di un pubblico servizio relativamente agli atti che essi redigono nell'esercizio delle loro attribuzioni.	Qualunque condotta criminosa individuata agli articoli precedenti.
Art. 493-bis Casi di perseguibilità a querela.	Rif. artt. 485, 486, 488, 489, 490 c.p.	Le condotte penalmente rilevanti degli artt. 485, 486, 488, 489, 490 c.p. sono perseguibili a querela di falso della persona offesa quando concernono una scrittura privata.

Come evidenziato nella tabella 1, alcuni articoli risultano inapplicabili se la condotta criminosa ha ad oggetto documenti informatici; tale limitazione è giustificata dalla sostanziale diversità degli elementi caratterizzanti le scritture private e gli atti pubblici documentali rispetto ai documenti informatici. Alcune condotte sanzionabili sono infatti condizionate dall'oggetto materiale della condotta stessa.

Per quanto riguarda l'art. 491 c.p.³⁵, la non estendibilità ai documenti informatici è giustificata in ragione dell'assenza di un equivalente informatico dei documenti richiamati dalla norma (testamento olografo, cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore).

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Affinché la condotta criminosa possa essere punibile ai sensi del D.Lgs 231/01 occorre che il dipendente, un soggetto ad esso equiparato, o il soggetto in posizione apicale commetta anche uno solo dei reati presupposto riportati nella tabella 1. L'ente deve inoltre trarne vantaggio o deve comunque essere portatore di un interesse nel compimento del reato stesso.

Si rileva tuttavia che, ai sensi del Decreto, la commissione di tali reati è punibile solo qualora abbia ad oggetto documenti informatici. Inoltre, con particolare riferimento alle attività degli intermediari finanziari, le fattispecie criminose di maggior interesse sono quelle contenute agli articoli 483 c.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico); 485 c.p. (falsità in scrittura privata); 489 c.p. (uso di atto falso) e 490 c.p. (soppressione, distruzione e occultamento di atti veri).

Al fine di preordinare presidi adeguati a prevenire la commissione di tali reati l'intermediario dovrebbe dotarsi di procedure di *maker-checker* in base alle quali il soggetto coinvolto nella produzione/predisposizione di documenti informatici aventi efficacia probatoria sia diverso da quello incaricato di validarne la correttezza.

Si sottolinea inoltre la necessità di prevedere specifici controlli a campione mirati ad individuare anomalie o irregolarità nella gestione del processo di produzione e trasmissione dei documenti informatici.

Restano invece inapplicabili ai documenti informatici le norme che si collocano al di fuori del Capo III del Titolo VII, Libro II c.p.

³⁵ L'art. 491 c.p. dispone che "se alcuna delle falsità previste dagli articoli precedenti riguarda un testamento olografo, ovvero una cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore, in luogo della pena stabilita per la falsità in scrittura privata nell'articolo 485, si applicano le pene rispettivamente stabilite nella prima parte dell'articolo 476 e nell'articolo 482. Nel caso di contraffazione o alterazione di alcuno degli atti suddetti, chi ne fa uso, senza essere concorso nella falsità, soggiace alla pena stabilita nell'articolo 489 per l'uso di atto pubblico falso".

615-ter Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico³⁶

Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni:

1) se il fatto e' commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema;

2) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o alle persone, ovvero se e' palesemente armato;

3) se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti.

Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico, la pena e', rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni.

Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede d'ufficio.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta criminosa qualora essa sia perpetrata da un pubblico ufficiale, un incaricato di un pubblico servizio, da chi esercita, anche abusivamente, la professione di investigatore privato o da un operatore del sistema in ragione della loro maggior perizia.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte di reato di articolano:

- (i) nell'accesso abusivo in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza; e
- (ii) nella permanenza in un sistema informatico o telematico contro la volontà espressa o tacita del titolare.

Relativamente al punto (i), si deve evidenziare che per accesso non deve intendersi il mero collegamento fisico con il sistema bensì un vero e proprio collegamento logico attraverso il quale i due terminali coinvolti (quello su cui risiede il supporto informatico e quello del soggetto che perpetra il reato) possono instaurare un "dialogo" che consenta l'eventuale lettura, eliminazione, copiatura o modificazione di dati.

L'accesso abusivo è perseguibile solo se la condotta potenzialmente criminosa è posta in essere contravvenendo alla volontà del titolare anche qualora non venga causata alcuna effettiva lesione della

³⁶ Articolo introdotto dalla L.547/93.

riservatezza dei dati contenuti nel sistema informatico³⁷. In tal senso si deve rilevare come la norma tuteli il diritto alla riservatezza e, di conseguenza, la protezione del “domicilio informatico” quale estensione del domicilio materiale. Pertanto, l’esistenza di misure di sicurezza a tutela del sistema informatico (sistema di protezione) costituisce, oltre che la chiara manifestazione della volontà del titolare di limitare e/o impedire l’accesso a terzi, anche il presupposto per la punibilità della condotta illecita. Come precisato da alcune pronunce giurisprudenziali³⁸, un sistema di protezione dovrebbe articolarsi nell’azione combinata di protezioni logiche (e.g. introduzione di *password*, limitazione del numero di utenti che possono accedere al sistema) e/o fisico-organizzative (e.g. segregazione delle sale *server*, o dei luoghi in cui i dati e/o i supporti elettronici sono archiviati, meccanismo di selezione dei soggetti abilitati all’accesso fisico o all’utilizzo di specifici terminali). Pertanto il reato non sussiste se tali misure di protezione non sono attivate al momento dell’ingresso.

Per quanto concerne il punto (ii), gli estremi della fattispecie sono integrati anche qualora il soggetto, pur avendo validamente ottenuto l’autorizzazione all’accesso, rimanga nel sistema informatico, contravvenendo alla nuova e contraria volontà del titolare sopraggiunta solo successivamente al primo ingresso nel sistema, oppure qualora l’agente operi oltre i limiti dell’autorizzazione concessa, perseguendo fini diversi da quelli concordati.

Infine la norma punisce con maggior severità la condotta criminosa qualora:

- il colpevole usi violenza alle cose o alle persone o sia palesemente armato; o
- dall’illecito derivi la distruzione e/o il danneggiamento del sistema, dei dati, delle informazioni e/o dei programmi in esso contenuti; o

l’illecito produca l’interruzione totale o parziale del funzionamento del sistema informatico o telematico³⁹.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Considerata la diffusione dei sistemi informatici nella normale operatività degli intermediari finanziari, appare evidente come la facilità di accesso, da parte di dipendenti, di soggetti ad essi equiparati, e/o di soggetti in posizione apicale, a terminali potenzialmente in grado di instaurare un “dialogo” con sistemi informatici di terzi soggetti, al fine di violarne la segretezza, possa rappresentare un’area a rischio ex D.Lgs. 231/01 qualora tali dati siano utilizzati a vantaggio o nell’interesse, anche residuale, dell’ente .

La violazione o anche la semplice visione dei dati contenuti in sistemi o archivi di terzi soggetti (e.g. *database* anagrafica clienti) potrebbe determinare non solo l’insorgere di responsabilità (penale e/o amministrativa) individuale del singolo dipendente o soggetto in posizione apicale che abbia commesso l’illecito, ma dell’ente stesso, ai sensi del Decreto 231/01, qualora ricorrano i presupposti dell’articolo 5 del citato Decreto (interesse o vantaggio proprio dell’ente).

Al fine di prevenire il compimento di tali atti illeciti, l’intermediario è chiamato ad implementare misure organizzative precauzionali nel rispetto di quanto disposto dalla normativa sulla *privacy*⁴⁰; tali misure includono, ad esempio:

³⁷ In tal senso Cass., Sez. V, 6 febbraio 2007 – 20 marzo 2007, n. 11689.

³⁸ In tal senso Cass. Pen. Sez. V, n. 37322/2008 e Cass. Pen. Sez. V n.1675/2000.

³⁹ Il comma 3 prevede un’ulteriore aggravante che sussiste qualora i fatti riguardino sistemi di interesse militare, relativi all’ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità, alla protezione civile o comunque di pubblico interesse,

⁴⁰ Il monitoraggio e l’effettivo controllo dell’attività dei lavoratori, posta in essere attraverso reti informatiche o sistemi di posta elettronica forniti dalla società, deve necessariamente conciliarsi con quanto disposto dalla normativa sulla *privacy*. Tale normativa è incentrata sul bilanciamento di interessi contrapposti: se da un lato, infatti, il legislatore ha voluto tutelare il diritto alla riservatezza del lavoratore, dall’altro ha riconosciuto la necessità del datore di lavoro di

- l'introduzione di specifici filtri che prevenano l'accesso a determinate categorie di siti considerati non correlati con l'attività lavorativa;
- l'associazione di univoci codici di accesso a ciascun utente (*username* e *password*) che consenta di identificare il "profilo utente" e di verificare le attività, anche in rete, riconducibile a ciascun utente, indipendentemente dal terminale utilizzato;
- l'adozione di sistemi che consentano la tracciabilità in rete degli utenti che si avvalgono degli strumenti informatici dell'ente.

Per tracciabilità dell'attività in rete dei dipendenti (e della corrispondenza elettronica) si deve intendere la sola acquisizione di tali dati e non anche il loro controllo nel continuo.

Si deve ritenere infatti che l'esame delle registrazioni sia giustificabile:

- a) solo qualora l'intermediario sospetti che il dipendente stia ponendo in essere un'attività criminosa, che può indirettamente ledere la società (e.g. una responsabilità subordinata per le azioni del lavoratore); e/o
- b) nell'ambito di controlli occasionali⁴¹, posti in essere nel rispetto della già citata normativa sulla *privacy* (si veda nota 11).

I dati acquisiti devono essere periodicamente cancellati qualora la loro conservazione non sia più necessaria; tuttavia si deve ritenere che la conservazione sia necessaria fintanto che sussista l'obbligo di custodire o consegnare tali dati per ottemperare ad una specifica richiesta dell'autorità giudiziaria o di vigilanza e/o la necessità di esercitare un diritto (o difesa) in sede giudiziaria.

Pertanto, ad opinione della scrivente associazione, i dati raccolti dovrebbero essere cancellati automaticamente solo dopo che sia trascorso il termine di prescrizione degli eventuali reati perpetrabili attraverso la rete informativa o la posta elettronica fornita dalla società al lavoratore⁴².

In ragione delle mansioni svolte, gli utenti dovrebbero essere abilitati, e debitamente autorizzati da livelli gerarchici superiori, ad accedere a specifiche funzionalità dei sistemi informatici della società (*entitlement reviews*). Le autorizzazioni dovrebbero essere periodicamente riviste e controllate.

monitorare l'attività lavorativa al fine di garantire l'adeguata organizzazione e sicurezza del lavoro stesso. Ai sensi delle Linee Guida del Garante per posta elettronica e internet del marzo 2007, l'intermediario è tenuto ad adottare e pubblicizzare una *policy* interna in cui siano precisati, tra l'altro:

- i comportamenti tollerabili in relazione alla navigazione in rete e all'utilizzo della posta elettronica per scopi personali;
- se e in che misura possono essere effettuati *download* o *upload* di file o programmi;
- il divieto di *password-sharing*;
- se e in che misura il datore di lavoro si riserva la possibilità di effettuare controlli occasionali sull'attività *on-line* e via posta elettronica del dipendente. Tali controlli, effettuati con impianti e apparecchiature di controllo, possono essere posti in essere solo nel rispetto dell'art. 4 della Legge 300/70 per cui "*Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti.*";
- le specifiche sanzioni disciplinari, comminate dalla società stessa, in caso di commissione dei reati in commento. L'intensità delle sanzioni e le modalità di irrogazione sono modulabili sulla base delle specifiche esigenze di ciascun intermediario.

⁴¹ L'intermediario può effettuare preliminarmente un controllo anonimo su dati aggregati per singola area o dipartimento per poi spingersi, in caso di anomalie rilevate a livello di area o dipartimento, fino al controllo del singolo dipendente.

⁴² Peraltro, a parere della scrivente associazione, la conservazione delle registrazioni di *mail* e/o telefonate inerenti al rapporto con ciascun cliente (e.g. ordini di negoziazione impartiti telefonicamente o via *mail*) deve ritenersi legittima anche ai fini *privacy* per tutto il periodo previsto dal Regolamento Congiunto Consob - Banca d'Italia.

Inoltre, si consiglia di vietare l'utilizzo di qualsiasi *hardware* e/o *software* diversi da quelli aziendali forniti direttamente dall'intermediario; qualora sia invece consentito l'utilizzo di *laptop* o *software* non forniti dall'intermediario l'attività in rete e non, effettuata attraverso tali ultimi supporti, dovrà essere adeguatamente tracciabile nel rispetto di quanto premesso *supra*.

Al fine di sensibilizzare il personale in relazione ai presidi informatici implementati, si consiglia di somministrare *training* focalizzati *sull'information security* e sulle metodologie più frequentemente utilizzate per carpire *password* e codici di accesso (e.g. *phishing*) nonché di effettuare specifici controlli volti a testare la sicurezza dei sistemi informatici e la correttezza di utilizzo.

615-quater Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici⁴³

Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa sino a euro 5.164.

La pena e' della reclusione da uno a due anni e della multa da euro 5.164 a euro 10.329 se ricorre taluna delle circostanze di cui ai numeri 1) e 2) del quarto comma dell'articolo 617-quater.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 300 quote cioè nel minimo fino a euro 77.468 e nel massimo fino a euro 464.811;

sanzioni interdittive: sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta criminosa qualora essa sia perpetrata da un pubblico ufficiale, un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da un operatore del sistema.

Presupposto per la configurabilità del reato: la norma costituisce il naturale completamento dell'articolo 615-ter (**Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico**) in quanto delinea il presupposto logico per la commissione del reato di "**accesso abusivo**" ovvero l'illecita acquisizione e diffusione di codici che consentono l'accesso a sistemi informatici o telematici protetti da misure di sicurezza.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte criminose, punibili se poste in essere fine di procurare all'agente o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, sono così raggruppabili:

- (i) detenzione, diffusione e/o riproduzione di codici di accesso, parole chiave e ogni altro mezzo idoneo allo scopo;
- (ii) fornitura a terzi di indicazioni o istruzioni idonee al compimento dell'accesso abusivo nel sistema informatico o telematico.

Per quanto riguarda la condotta al punto (i), si deve rilevare che l'atto del comunicare, e/o del consegnare e/o del diffondere codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico, deve essere necessariamente successivo a quello del "detenere". Al contrario, per quanto riguarda l'attività di riproduzione, essa prescinde (non necessita) dalla detenzione stessa e anzi deve essere intesa come una riproduzione non autorizzata di un qualsiasi mezzo di accesso.

In relazione alla condotta *sub* (ii), si tratta della fornitura di tutte le informazioni tecniche necessarie per ricostruire i codici di accesso o le parole chiave in modo tale da poter aggirare o superare le misure di protezione poste a presidio del sistema informatico o telematico.

Ai fini del compimento del reato, è irrilevante che i codici siano stati procurati abusivamente o mediante autonoma elaborazione degli stessi.

⁴³ Introdotto dalla L. 547/93.

In linea generale, l'oggetto di tutela è costituito da qualsiasi mezzo che permetta di superare la protezione di un sistema informatico o telematico, indipendentemente dalla natura del mezzo stesso. Più nello specifico, l'oggetto in danno del quale la condotta criminosa è perpetrata è costituito da codici di accesso, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso a un sistema informatico o telematico, adeguatamente protetti da misure di sicurezza. Per altri mezzi idonei devono intendersi sia i mezzi fisici di accesso (e.g. tesserini di riconoscimento), attribuiti dal gestore del sistema al legittimo utilizzatore, sia quelli elettronici, memorizzati dall'utente stesso (e.g. *password*, codice alfanumerici).

Infine la norma punisce con maggior severità la condotta criminosa qualora sia perpetrata in danno di un sistema informatico o telematico utilizzato dallo Stato o da altro ente pubblico o da un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità.

Soggetto passivo: qualunque soggetto leso dalla violazione del sistema informatico o telematico, anche diverso dal titolare.

Elemento soggettivo: dolo specifico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Le condotte criminose sopra descritte possono essere poste in essere dal dipendente, o da un soggetto ad esso equiparabile o da un soggetto in posizione apicale che, nell'agire, procura un vantaggio per l'ente (si vedano i presupposti di cui all'art. 5 del Decreto 231/01). Poiché il reato in commento si configura come presupposto logico a quello di abusivo accesso ad un sistema informatico o telematico, i rischi individuati sono riconducibili a quelli già evidenziati per il reato *ex art. 615-ter*.

615-quinquies Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico⁴⁴

Chiunque, allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico o telematico, le informazioni, i dati o i programmi in esso contenuti o ad esso pertinenti ovvero di favorire l'interruzione, totale o parziale, o l'alterazione del suo funzionamento, si procura, produce, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o, comunque, mette a disposizione di altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici, è punito con la reclusione sino a due anni e con la multa sino a euro 10.329.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 300 quote cioè nel minimo fino a euro 77.468 e nel massimo fino a euro 464.811;

sanzioni interdittive: sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte di reato sono costituite da:

- (i) danneggiamento di un sistema informatico o telematico, dei dati o dei programmi in esso contenuti o ad esso riconducibili, tramite la diffusione, la comunicazione o la consegna di un programma informatico, apparecchiature o dispositivi di propria o altrui creazione;
- (ii) interruzione, totale o anche solo parziale, o alterazione del funzionamento di un sistema informatico o telematico, dei dati o dei programmi in esso contenuti o ad esso riconducibili, tramite la diffusione, la comunicazione o la consegna di un programma informatico, apparecchiature o dispositivi di propria o altrui creazione.

Presupposti per la configurabilità del reato: il programma utilizzato ai fini di cui ai punti (i) e (ii) può essere di produzione propria oppure creato da terzi. La norma va pertanto a punire tutti quei comportamenti prodromici al danneggiamento, all'interruzione o all'alterazione di un sistema informatico (reato contemplato all'art. 635-*bis* c.p.) posti in essere attraverso l'utilizzo di *virus*, *malware*, o specifiche apparecchiature *hardware*.

Elemento soggettivo: dolo specifico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

La diffusione di programmi che possono danneggiare il contenuto o alterare il corretto funzionamento di sistemi informatici può essere intesa come una vera e propria attività di *hacking* eventualmente posta in essere dal dipendente, da un soggetto ad esso equiparato, o da un soggetto in posizione apicale. La probabilità che un simile illecito venga perpetrato nell'interesse e/o a vantaggio, non necessariamente esclusivi, dell'ente appare piuttosto remota; tuttavia, in via precauzionale, si ritengono applicabili i presidi già richiamati all'art. 615-*ter* (aspetti procedurali).

⁴⁴ Introdotto dalla L. 547/93 e modificato dalla L.48/2008.

617-quater Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche⁴⁵

Chiunque fraudolentemente intercetta comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi, ovvero le impedisce o le interrompe, e' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la stessa pena si applica a chiunque rivela, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni di cui al primo comma.

I delitti di cui ai commi primo e secondo sono punibili a querela della persona offesa. Tuttavia si procede d'ufficio e la pena e' della reclusione da uno a cinque anni se il fatto e' commesso:

- 1) in danno di un sistema informatico o telematico utilizzato dallo Stato o da altro ente pubblico o da impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità;*
- 2) da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, ovvero con abuso della qualità di operatore del sistema;*
- 3) da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.*

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, sia nel caso in cui le condotte criminose di cui sotto siano considerate singolarmente in modo autonomo sia qualora esse si presentino come parti di un'unica azione criminosa posta in essere dallo stesso soggetto agente. Tuttavia la norma punisce in modo più severo la condotta criminosa posta in essere:

- (i) da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio con abuso di poteri o con violazione degli obblighi inerenti alla funzione ovvero con abuso della qualità di operatore di sistema;
- (ii) da un privato nell'esercizio della professione di investigatore privato

in ragione della maggior perizia riconosciuta in capo a tali soggetti.

Fattispecie oggettiva del reato: le fattispecie criminose individuate dall'art. 617-quater, commi 1 e 2, riconducibili ad un diverso fondamento logico, sono accomunate dal bene oggetto di tutela: le informazioni che risiedono su di un sistema informatico/telematico o che sono scambiate tra più sistemi.

Il primo comma della norma sancisce la punibilità della condotta di un soggetto che, con mezzi fraudolenti ovvero senza esserne legittimato, intercetta, impedisce e/o interrompe le comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o le comunicazioni che si svolgono tra più sistemi. Integra gli estremi del reato in commento anche la condotta di un soggetto che si avvale di mezzi volti ad eludere i meccanismi di sicurezza preordinati ad impedire l'accesso di estranei alle comunicazioni⁴⁶.

⁴⁵ Introdotta dalla L. 547/93.

⁴⁶ In tal senso si veda la pronuncia Cassazione, sez. V, 6 luglio 2007 – 31 luglio 2007, n. 31135.

Il secondo comma ricostruisce invece la condotta criminosa di quel soggetto che rivela al pubblico, anche solo parzialmente e tramite un qualunque mezzo di informazione, il contenuto delle comunicazioni intercettate.

L'abusiva intercettazione delle informazioni di un sistema informatico può essere prodromico allo svolgimento del reato di diffusione delle stesse anche se, ai fini della perseguibilità, la norma non richiede che tali condotte criminose debbano necessariamente presentarsi congiuntamente in capo al medesimo soggetto agente. Al contrario, in forza dell'autonomia loro conferita, possono essere poste in essere da soggetti diversi, in momenti anche temporali diversi.

Tali condotte sono punibili ai sensi dell'art. 617-*quater* esclusivamente a querela della persona offesa salvo i casi in cui siano state poste in essere in danno di un sistema informatico o telematico dello Stato o di altro ente pubblico o da un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità; in tali casi la condotta delittuosa è perseguibile d'ufficio e la pena, più severa, è commisurata alla rilevanza e all'utilità pubblica del sistema danneggiato.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

L'abusiva intercettazione, l'impedimento o l'interruzione illeciti di comunicazioni informatiche nonché la diffusione delle informazioni ottenute in tal modo, o con qualunque altro mezzo anche lecito, può essere posta in essere dal dipendente, da un soggetto a questi equiparato o da un soggetto in posizione apicale nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. Per quanto concerne gli specifici presidi, si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'art. 615-*ter* (aspetti procedurali).

617-quinquies Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche⁴⁷

Chiunque, fuori dai casi consentiti dalla legge, installa apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico ovvero intercorrenti tra più sistemi, e' punito con la reclusione da uno a quattro anni.

La pena e' della reclusione da uno a cinque anni nei casi previsti dal quarto comma dell'articolo 617-quater.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce in modo più severo la condotta criminosa posta in essere:

- (i) da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio con abuso di poteri o con violazione degli obblighi inerenti alla funzione ovvero con abuso della qualità di operatore di sistema;
- (ii) da un privato nell'esercizio della professione di investigatore privato

in ragione della maggior perizia riconosciuta in capo a tali soggetti.

Fattispecie oggettiva del reato: l'art. 617-quinquies va a completare il quadro dei reati che hanno ad oggetto l'intercettazione e la manipolazione delle informazioni relative ad un sistema informatico e/o telematico ovvero intercorrenti tra più sistemi (si rimanda al commento dell'articolo 617-quater).

La norma sancisce la punibilità dell'installazione di apparecchiature che abbiano il fine di intercettare, impedire o interrompere comunicazioni relative ad un sistema informatico (e/o telematico) o intercorrenti tra più sistemi.

Come sottolineato da una recente giurisprudenza, all'atto dell'intercettare è possibile equiparare quello del "copiare" i codici di accesso degli utenti di un sistema informatico tramite apparecchiature utilizzate a tal fine⁴⁸.

Per esplicito rinvio al quarto comma dell'articolo 617 quater, i reati sopra descritti sono sottoposti ad una pena più severa qualora siano commessi in danno di un sistema informatico o telematico dello Stato o di altro ente pubblico o da un' impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità. In tali casi la condotta delittuosa è perseguibile d'ufficio e la pena, più severa, è commisurata alla rilevanza e all' utilità pubblica del sistema danneggiato.

Elemento soggettivo: dolo generico.

⁴⁷ Introdotta dalla L. 547/93.

⁴⁸ In tal senso si veda la pronuncia della Cassazione, sez. II, 9 novembre 2007 – 4 dicembre 2007, n. 45207.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

L'installazione di apparecchiature volte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi può essere posta in essere dal dipendente, da un soggetto a questi equiparato o da un soggetto in posizione apicale nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso.

Per gli aspetti procedurali si rinvia a quanto precedentemente evidenziato per l'art. 615-ter (aspetti procedurali).

635-bis Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici⁴⁹

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque distrugge, deteriora, cancella, altera o sopprime informazioni, dati o programmi informatici altrui è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni

Se ricorre la circostanza di cui al numero 1) del secondo comma dell'articolo 635⁵⁰, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, la pena è della reclusione da uno a quattro anni e si procede d'ufficio.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta qualora essa sia posta in essere da un operatore di sistema, con abuso della sua qualifica⁵¹. Il legislatore ha inteso, in tal modo, punire la violazione del rapporto di fiducia che si instaura tra l'utilizzatore del sistema e il soggetto che lo fornisce/gestisce che, in virtù di tale ruolo, si trova in una posizione privilegiata nel perpetrare il reato in questione.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte di reato si articolano:

- (i) nella distruzione, cancellazione e soppressione di informazioni, dati e programmi informatici; e/o
- (ii) nel deterioramento⁵² e/o alterazione di informazioni, dati e programmi informatici.

La pena citata dalla norma è applicabile salvo che la condotta criminosa perpetrata costituisca più grave reato e sia quindi contemplata e punita, con maggior severità, da un'altra specifica disposizione.

⁴⁹ Articolo introdotto dalla L. 48/2008.

⁵⁰ Art. 635 Danneggiamento - *Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui e' punito, a querela della persona offesa con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 309..*

La pena e' della reclusione da sei mesi a tre anni e da scontarsi in lavori socialmente utili nella città oggetto dell'atto vandalico, interdizione da Pubblici concorsi per anni 5, si procede d'ufficio, se il fatto e' commesso:

1) con violenza alla persona o con minaccia;

2) da datori di lavoro in occasione di serrate, o da lavoratori in occasione di sciopero, ovvero in occasione di alcuno dei delitti preveduti dagli artt. 330, 331 e 333 (1);

3) su edifici pubblici, privati, o su altre delle cose indicate nel n. 7 dell'articolo 625;

4) sopra opere destinate all'irrigazione;

5) sopra piante di viti, di alberi o arbusti fruttiferi, o su boschi, selve o foreste, ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento;

5-bis) sopra attrezzature e impianti sportivi al fine di impedire o interrompere lo svolgimento di manifestazioni sportive.

⁵¹ La pena detentiva risulta aumentata fino a quattro anni e il reato è perseguibile d'ufficio.

⁵² Per deterioramento si deve intendere l'alterazione in negativo di un bene in modo da diminuirne il valore.

Qualora il reato sia commesso in presenza della circostanza aggravante di cui al numero 1), comma 2 dell'art. 635 c.p. (*con violenza alla persona o con minaccia*) la pena detentiva risulta aumentata fino a quattro anni e il reato è perseguibile d'ufficio.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il danneggiamento, l'alterazione o il deterioramento, fino all'inutilizzabilità di un programma informatico, di dati e o di informazioni possono configurarsi come una vera e propria attività di *hacking* che può essere posta in essere dal dipendente, da un soggetto ad esso equiparato o da un soggetto in posizione apicale nell'interesse o a vantaggio, non necessariamente esclusivo, dell'ente. Per quanto concerne gli specifici presidi, si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'art. 615-ter (aspetti procedurali).

635-ter Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità⁵³

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette un fatto diretto a distruggere, deteriorare, cancellare, alterare o sopprimere informazioni, dati o programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o ad essi pertinenti, o comunque di pubblica utilità, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

Se dal fatto deriva la distruzione, il deterioramento, la cancellazione, l'alterazione o la soppressione delle informazioni, dei dati o dei programmi informatici, la pena è della reclusione da tre a otto anni.

Se ricorre la circostanza di cui al numero 1) del secondo comma dell'articolo 635 ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, la pena è aumentata.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta qualora essa sia posta in essere da un operatore di sistema, con abuso della sua qualifica. Il legislatore ha inteso, in tal modo, punire la violazione del rapporto di fiducia che si instaura tra l'utilizzatore del sistema e il soggetto che lo fornisce/gestisce che, in virtù di tale ruolo, si trova in una posizione privilegiata nel perpetrare il reato in questione.

Fattispecie oggettiva di reato: la norma reca una specificazione dell'articolo 635-*bis* in quanto tratteggia il reato di danneggiamento avente però ad oggetto informazioni, dati o programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o che siano, comunque, di pubblica utilità. Il legislatore ha inteso sanzionare in modo specifico le condotte criminose di:

(i) distruzione, cancellazione e soppressione; e/o

(ii) deterioramento e/o alterazione

quando esse abbiano ad oggetto informazioni, dati o programmi utilizzati nel pubblico interesse dallo Stato o da altro ente pubblico.

La pena citata dalla norma è applicabile salvo che la condotta criminosa perpetrata non costituisca più grave reato e sia quindi contemplata e punita, con maggior severità, da un'altra specifica disposizione.

Qualora il reato sia commesso in presenza della circostanza aggravante di cui al numero 1), comma 2 dell'art. 635 c.p. (*con violenza alla persona o con minaccia*) la sanzione risulta aumentata fino a quattro anni e il reato è perseguibile d'ufficio.

Elemento soggettivo: **dolo generico**.

⁵³ Articolo introdotto dalla L. 48/2008.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

La distruzione o il deterioramento fino all'inutilizzabilità di dati, di programmi o di informazioni utilizzate dallo Stato o da soggetti con funzione pubblica possono configurarsi come una vera e propria attività di *hacking* nell'interesse o a vantaggio, non necessariamente esclusivo, dell'ente.

Per quanto concerne gli specifici presidi, si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'art. 615-ter (aspetti procedurali).

635-quater Danneggiamento di sistemi informatici o telematici⁵⁴

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, mediante le condotte di cui all'articolo 635-bis, ovvero attraverso l'introduzione o la trasmissione di dati, informazioni o programmi, distrugge, danneggia, rende, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici altrui o ne ostacola gravemente il funzionamento è punito con la reclusione da uno a cinque anni,

Se ricorre la circostanza di cui al numero 1) del secondo comma dell'articolo 635 ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore di sistema, la pena è aumentata.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta qualora essa sia posta in essere da un operatore di sistema, con abuso della sua qualifica. Il legislatore ha inteso, in tal modo, punire la violazione del rapporto di fiducia che si instaura tra l'utilizzatore del sistema e il soggetto che lo fornisce/gestisce che, in virtù di tale ruolo, si trova in una posizione privilegiata nel perpetrare il reato in questione.

Fattispecie oggettiva di reato: la norma punisce le condotte già individuate dall'art. 635-bis, quali l'introduzione e la trasmissione di dati, informazioni o programmi che abbiano però la conseguenza di rendere inservibili, anche solo parzialmente, sistemi informatici o telematici di terzi o di ostacolarne gravemente il funzionamento. La pena citata dalla norma è applicabile salvo che la condotta criminosa perpetrata non costituisca più grave reato e sia quindi contemplata e punita, con maggior severità, da un'altra specifica disposizione. Per ulteriori approfondimenti si rinvia al commento dell'art. 635-bis.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il danneggiamento o il deterioramento fino all'inutilizzabilità di un sistema informatico, di programmi o di informazioni possono configurarsi come una vera e propria attività di *hacking* nell'interesse o a vantaggio, non necessariamente esclusivo, dell'ente. Per quanto concerne gli specifici presidi, si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'art. 615-ter (aspetti procedurali).

⁵⁴ Articolo introdotto dalla L. 48/2008.

635-quinquies Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità⁵⁵

Se il fatto di cui all'articolo 635-quater è diretto a distruggere, danneggiare, rendere, in tutto o in parte, inservibili sistemi informatici o telematici di pubblica utilità o ad ostacolarne gravemente il funzionamento, la pena è della reclusione da uno a quattro anni.

Se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema informatico o telematico di pubblica utilità ovvero se questo è reso, in tutto o in parte, inservibile, la pena è della reclusione da tre a otto anni.

Se ricorre la circostanza di cui al numero 1) del secondo comma dell'articolo 635 ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, la pena è aumentata.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 fino a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822 a euro 154.937 e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque. Tuttavia la norma punisce con maggior severità la condotta qualora essa sia posta in essere da un operatore di sistema, con abuso della sua qualifica. Il legislatore ha inteso, in tal modo, punire la violazione del rapporto di fiducia che si instaura tra l'utilizzatore del sistema e il soggetto che lo fornisce/gestisce che, in virtù di tale ruolo, si trova in una posizione privilegiata nel perpetrare il reato in questione.

Fattispecie oggettiva di reato: la norma punisce condotte già individuate dall'art. 635-bis, quali l'introduzione e la trasmissione di dati, informazioni o programmi che abbiano però la conseguenza di rendere inservibili, anche solo parzialmente, sistemi informatici o telematici di pubblica utilità o di ostacolarne gravemente il funzionamento.

La pena citata dalla norma è applicabile salvo che la condotta criminosa perpetrata non costituisca più grave reato e sia quindi contemplata e punita, con maggior severità, da un'altra specifica disposizione.

Per ulteriori approfondimenti si rinvia al commento degli artt. 635-bis, 635-ter e 635-quater.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il danneggiamento o il deterioramento fino all'inutilizzabilità di un sistema informatico di pubblica utilità possono configurarsi come una vera e propria attività di *hacking* nell'interesse o a vantaggio, non necessariamente esclusivo, dell'ente.

Per quanto concerne gli specifici presidi, si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'art. 615-ter (aspetti procedurali).

⁵⁵ Articolo introdotto dalla L. 48/2008.

640-quinquies Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica⁵⁶

Il soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica, il quale, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto ovvero di arrecare ad altri danno, viola gli obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 51 a 1.032 euro.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 400 quote cioè nel minimo fino a euro 103.291 e nel massimo fino a euro 619.748;

sanzioni interdittive: divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

PREMESSA

La direttiva europea 1999/93/CE, recepita con il D.Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, ha regolamentato lo strumento della firme informatiche nel quadro comunitario con l'obiettivo di promuoverne l'utilizzo e il riconoscimento giuridico con l'introduzione sia di una disciplina organica in materia sia di alcuni servizi di certificazione che ne garantiscano il corretto funzionamento. Gli interventi normativi nazionali volti a promuovere un effettivo adeguamento alla disciplina comunitaria sono stati numerosi e hanno condotto all'emanazione del **Codice dell'amministrazione digitale** (D.Lgs. 82/2005 parzialmente modificato dal D.Lgs. 159/2006 e dal D.Lgs 235/2010) che attualmente costituisce la fonte primaria in materia.

All'art. 1 del citato Codice sono rinvenibili le definizioni di firma elettronica⁵⁷, firma elettronica avanzata, firma elettronica qualificata⁵⁸ e firma digitale⁵⁹, che costituisce una specificazione maggiormente articolata di quella elettronica avanzata. Le tipologie di firma elencate sono tra loro in un rapporto di *genus ad speciem*, è possibile cioè ricomprendere nella categoria più generale della firma elettronica sia la firma elettronica avanzata/qualificata (o forte, includendo al suo interno anche la firma digitale) sia quella non qualificata (o leggera). La firma elettronica leggera, a cui è stato attribuito un valore giuridico solo in tempi recenti, può essere costituita, da un punto di vista tecnico, da un codice identificativo associato a un documento informatico (e.g. *username* o *password*) ma fornisce una minore garanzia di autenticità ed un minor grado di sicurezza circa la provenienza e l'integrità del documento informatico a cui essa è associata.

⁵⁶ Articolo introdotto dalla L. 48/2008.

⁵⁷ L'art.1 del Codice dell'amministrazione digitale definisce la firma elettronica come "L'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica"

⁵⁸ L'art.1 del Codice dell'amministrazione digitale definisce la firma elettronica avanzata e quella qualificata rispettivamente come "l'insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario puo' conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati;" e "un particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma."

⁵⁹ L'art.1 del Codice dell'amministrazione digitale definisce la firma digitale come "Un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici."

Al contrario, la firma elettronica qualificata e/o digitale è basata sulla tecnologia della crittografia a chiavi asimmetriche ovvero su un sistema di coppie di chiavi asimmetriche che consentono di ricondurre il contenuto di un documento allo specifico utente che l'ha prodotto e sottoscritto. Tali chiavi certificate, se in possesso dei requisiti di cui all'allegato I della citata direttiva⁶⁰ sono definite **certificati qualificati**⁶¹ e devono necessariamente essere prodotte da un certificatore qualificato o accreditato sottoposto alla vigilanza della CNIPA (Centro nazionale per l'informativa nella pubblica amministrazione), definito ai sensi dell'allegato II della medesima direttiva⁶²; a livello tecnico esse devono essere generate da un dispositivo che soddisfi i requisiti di cui all'allegato III⁶³.

⁶⁰ **ALLEGATO I Requisiti relativi ai certificati qualificati:** I certificati qualificati devono includere: a) l'indicazione che il certificato rilasciato è un certificato qualificato; b) l'identificazione e lo Stato nel quale è stabilito il prestatore di servizi di certificazione; c) il nome del firmatario del certificato o uno pseudonimo identificato come tale; d) l'indicazione di un attributo specifico del firmatario, da includere se pertinente, a seconda dello scopo per cui il certificato è richiesto; e) i dati per la verifica della firma corrispondenti ai dati per la creazione della firma sotto il controllo del firmatario; f) un'indicazione dell'inizio e del termine del periodo di validità del certificato; g) il codice d'identificazione del certificato; h) la firma elettronica avanzata del prestatore di servizi di certificazione che ha rilasciato il certificato; i) i limiti d'uso del certificato, ove applicabili; l) i limiti del valore dei negozi per i quali il certificato può essere usato, ove applicabili.

⁶¹ Il **certificato qualificato** rilasciato è costituito dall'insieme delle informazioni che consentono di collegare i dati identificativi del titolare con la chiave pubblica attribuitagli al momento del rilascio del certificato stesso.

⁶² **ALLEGATO II - Requisiti relativi ai prestatori di servizi di certificazione che rilasciano certificati qualificati** I prestatori di servizi di certificazione devono: a) dimostrare l'affidabilità necessaria per fornire servizi di certificazione; b) assicurare il funzionamento di un servizio di repertorizzazione puntuale e sicuro e garantire un servizio di revoca sicuro e immediato; c) assicurare che la data e l'ora di rilascio o i revoca di un certificato possano essere determinate con precisione; d) verificare con mezzi appropriati, secondo la legislazione nazionale l'identità e, eventualmente, le specifiche caratteristiche della persona cui è rilasciato un certificato qualificato; e) impiegare personale dotato delle conoscenze specifiche, dell'esperienza e delle qualifiche necessarie per i servizi forniti, in particolare la competenza a livello gestionale, la conoscenza specifica nel settore della tecnologia delle firme elettroniche e la dimestichezza con procedure di sicurezza appropriate; essi devono inoltre applicare procedure e metodi amministrativi e gestione adeguati e corrispondenti a norme riconosciute; f) utilizzare sistemi affidabili e prodotti protetti da alterazioni e che garantiscano la sicurezza tecnica e crittografica dei procedimenti di cui sono oggetto; g) adottare misure contro la contraffazione dei certificati e, nei casi in cui il prestatore di servizi di certificazione generi dati per la creazione di una firma, garantire la riservatezza nel corso della generazione di tali dati; h) disporre di risorse finanziarie sufficienti ad operare secondo i requisiti previsti dalla direttiva, in particolare per sostenere il rischio di responsabilità per danni, ad esempio stipulando un'apposita assicurazione; i) tenere una registrazione di tutte le informazioni pertinenti relative ad un certificato qualificato per un adeguato periodo di tempo, in particolare al fine di fornire la prova della certificazione in eventuali procedimenti giudiziari. Tali registrazioni possono essere elettroniche; l) non conservare né copiare i dati per la creazione della firma della persona cui il prestatore di servizi di certificazione ha fornito i servizi di gestione della chiave; m) prima di avviare una relazione contrattuale con una persona che richieda un certificato a sostegno della sua firma elettronica, informarla con un mezzo di comunicazione durevole, degli esatti termini e condizioni relative all'uso del certificato, compresa ogni limitazione dell'uso, l'esistenza di un sistema di accreditamento facoltativo e le procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie. Dette informazioni, che possono essere trasmesse elettronicamente, devono essere scritte e utilizzare un linguaggio comprensibile. Su richiesta, elementi pertinenti delle informazioni possono essere resi accessibili a terzi che facciano affidamento sul certificato; n) utilizzare sistemi affidabili per memorizzare i certificati in modo verificabile e far sì che: (i) soltanto le persone autorizzate possano effettuare inserimenti e modifiche; (ii) l'autenticità delle informazioni sia verificabile; (iii) i certificati siano accessibili alla consultazione del pubblico soltanto nei casi consentiti dal titolare del certificato; (iv) l'operatore possa rendersi conto di qualsiasi modifica tecnica che comprometta i requisiti di sicurezza.

⁶³ **ALLEGATO III – Requisiti relativi ai dispositivi per la creazione di una firma sicura.** I dispositivi per la creazione di una firma sicura, mediante mezzi tecnici e procedurali appropriati, devono garantire almeno che: a) i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa possano comparire in pratica solo una volta e che è ragionevolmente garantita la loro riservatezza; b) i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa possono, entro limiti ragionevoli di sicurezza, essere derivati e la firma è protetta da contraffazioni compiute con l'impiego di tecnologia attualmente disponibile; c) i dati per la creazione della firma utilizzati nella generazione della stessa sono sufficientemente protetti dal firmatario legittimo contro l'uso da parte di terzi.

I dispositivi per la creazione di una firma sicura non devono alterare i dati da firmare né impediscono che tali dati siano presentati al firmatario prima dell'operazione di firma.

La certificazione è un elemento essenziale per garantire l'**integrità** dei dati contenuti nel documento informatico, l'**autenticità** delle informazioni relative al sottoscrittore e il **non ripudio** del contenuto del documento da parte dell'autore stesso.

In particolar modo l'integrità del documento è doppiamente garantita dall'utilizzo del dispositivo di firma (*smartcard/tokenUSB*), fornito al titolare del certificato elettronico, e del PIN (*personal identification number*) o chiave privata richiesto nel processo di apposizione della firma elettronica.

Il valore probatorio⁶⁴ del documento informatico sottoscritto con firma elettronica si differenzia a seconda della tipologia di firma apposta ovvero il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità mentre quello sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 c.c.⁶⁵.

Soggetto attivo: chiunque presti servizi di certificazione di firma elettronica.

Fattispecie oggettiva di reato: la fattispecie delittuosa delineata dall'articolo in commento identifica la condotta penalmente rilevante del certificatore di firma elettronica che rilascia un certificato qualificato pur in assenza dei requisiti richiesti dalla legge. Il rilascio del certificato qualificato incrementa la sicurezza e l'integrità del documento su cui la firma è apposta. In altri termini, in presenza di certificazione, la firma elettronica si trasforma in firma qualificata.

Più nello specifico, la condotta del soggetto che induce i terzi a ritenere che vi sia ragionevole certezza dell'integrità dei dati contenuti nel documento e dell'autenticità dello stesso risulta perseguibile se messa in atto al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto e arrecare danno a terzi.

Elemento soggettivo: dolo specifico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

L'attività di certificazione elettronica può essere liberamente svolta, senza autorizzazione preventiva, sia da persone fisiche sia da persone giuridiche⁶⁶. Il Centro nazionale per l'informatica nella pubblica Amministrazione (CNIPA) è l'organo deputato alla vigilanza e alla regolamentazione di una particolare tipologia di certificatori qualificati ovvero quelli accreditati i cui requisiti sono chiariti dalla circolare n. 48 del 6 settembre 2005. Inoltre, nelle sue Linee Guida per la Vigilanza sui Certificatori Qualificati, il CNIPA esplicita la relazione intercorrente tra certificatori qualificati e certificatori accreditati. Le due categorie si trovano in un rapporto di *genus ad speciem* in quanto coloro che, tra i certificatori qualificati, decidono di sottoporsi ad una istruttoria preventiva del CNIPA volta a verificare il possesso dei requisiti richiesti dalle norme in materia diventano certificatori accreditati. Lo scambio di documenti elettronici con la Pubblica Amministrazione può avvenire solo se tali documenti sono siglati con firma digitale garantita da certificazione qualificata rilasciata da un certificatore accreditato⁶⁷.

Le persone fisiche legate all'intermediario da un rapporto di lavoro (dipendenti, soggetti a questi equiparati e soggetti in posizione apicale) e/o le società del gruppo che non integrino i requisiti per l'"accreditamento" possono svolgere attività di certificazione qualificata. Viceversa, al ricorrere dei requisiti richiesti e a seguito della volontaria domanda di accreditamento, le società, potenzialmente appartenente ad un gruppo bancario o finanziario, possono diventare invece certificatori accreditati. Data la particolarità della

⁶⁴ Il valore probatorio del documento siglato con firma elettronica è richiamato dall'articolo 21 del Codice dell'amministrazione digitale.

⁶⁵ L'art. 2702 c.c. recita "La scrittura privata fa piena prova fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni di chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta".

⁶⁶ Si vedano gli artt. 26-31 del D.Lgs. 82/2005.

⁶⁷ I certificatori accreditati devono necessariamente essere organizzati sotto forma di società di capitali (vedi art. 29).

fattispecie delittuosa richiamata, la rischiosità connessa per gli intermediari finanziari risulta estremamente ridotta.

ART. 24-TER DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Delitti di criminalità organizzata

- 1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.*
- 2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.*
- 3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.*
- 4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.*

Le norme richiamate dall'articolo 24-ter del D.lgs. n. 231/01 sono le seguenti:

art. 416 c.p.

art. 416-bis c.p.

art. 416-ter c.p.

art. 630 c.p.

art. 74 del D.P.R. 309/1990

art. 407, comma 2, lettera a), numero 5 c.p.p.

REATI PRESUPPOSTO

416 Associazione per delinquere

Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.

Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.

I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.

Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni.

La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.

Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

• Per i commi 1, 2, 3, 4, 5

Sanzione pecuniaria: da 300 quote a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1,239.496;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

• Per il comma 6

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel massimo, da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite in commento. Le pene sono tuttavia aumentate da un terzo alla metà se il fatto è commesso da persona sottoposta, con provvedimento

definitivo, ad una misura di prevenzione durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione (art. 7, legge 31-03-1965, n. 575).

Fattispecie oggettiva del reato: la caratteristica che distingue il reato associativo dal semplice accordo per commettere un reato (*ex art. 110 c.p. – Pena per coloro che concorrono nel reato*) è costituito dalla stabilità dell'organizzazione criminosa che si realizza tra le parti, volta a porre in essere una serie indeterminata di delitti e fondata su accordo illecito permanente.

Il reato di associazione per delinquere presuppone l'esistenza di una organizzazione di persone e mezzi; l'articolazione di una simile associazione non è tuttavia chiara. Parte della giurisprudenza⁶⁸ ritiene che si possa parlare di associazione per delinquere sono in relazione a quelle organizzazioni di persone e mezzi con gerarchie interne e disponibilità di risorse e mezzi; al contrario, secondo altri⁶⁹, sarebbe sufficiente anche solo un patto stabile e permanente tra almeno tre persone diretto al perseguimento dei fini illeciti comuni agli associati senza che sia neppure precisata la distinzione nei ruoli ricoperti. Il dettato letterale della norma non richiede comunque la creazione di una nuova organizzazione essendo utilizzabile anche una struttura preesistente già adibita ad attività lecite.

Uno degli elementi costitutivi della fattispecie è rappresentato dal **programma criminoso**; tale programma deve tendere alla realizzazione di più delitti che non devono necessariamente essere preventivamente determinati essendo sufficiente un accordo generale per la realizzazione appunto dei cosiddetti **delittiscopo**. Ulteriore elemento distintivo della fattispecie è costituito dall'esistenza di un **consortium sceleris** che può essere desunto da numerosi fattori quali, ad esempio, la continuità, la frequenza e l'intensità dei rapporti tra i soggetti potenzialmente appartenenti ad un'associazione.

Ciò posto, si sottolinea che il legislatore ha voluto **sanzionare la semplice associazione indipendentemente dalla realizzazione di condotte illecite tipiche di specifici reati**⁷⁰. La fattispecie in commento ha carattere generale e risulta pertanto inapplicabile qualora la punibilità dell'associazione sia più specificamente disciplinata da un'altra norma penale.

Le condotte alternative di reato possono essere così ricostruite:

- i) promozione, costituzione o organizzazione dell'associazione; e/o
- ii) partecipazione all'associazione.

In relazione al punto i), è possibile individuare specifici soggetti a cui tali condotte sono riferibili (ascrivibili). In particolar modo, per promotore si deve intendere colui che prende l'iniziativa per la creazione dell'associazione manifestando ai terzi il programma criminoso anche attraverso mezzi divulgativi, di per sé, leciti. Il costitutore è invece quel soggetto che crea l'organizzazione mediante il reclutamento del personale e il reperimento di mezzi; l'organizzatore, infine, è colui che fornisce una struttura operativa all'associazione e ne garantisce l'efficienza attraverso il reperimento di mezzi e persone necessari alla realizzazione del programma.

Ai fini della pena, i capi sono equiparati ai promotori in ragione della loro posizione di supremazia gerarchica. Mentre i promotori, i costitutori e gli organizzatori possono anche essere estranei all'associazione a delinquere, i capi devono invece necessariamente farne parte.

La condotta *sub* ii) è posta in essere da un soggetto che partecipi all'associazione ovvero sia che, condividendone il programma e gli obiettivi, pone in essere attività materiali (anche di importanza secondaria) volte a garantire la sopravvivenza dell'associazione e/o il perseguimento degli scopi sociali.

⁶⁸ Si veda la sentenza della Cass. I, 10-04-2003, n. 17027.

⁶⁹ Si veda la sentenza della Cass. I, 22-09-2006, n. 34043.

⁷⁰ Si tratta infatti di reato a forma libera.

Posto che il legislatore non ha identificato una specifica condotta rientrante nell'attività di partecipazione, **si ritiene che qualunque azione idonea allo scopo possa rientrare nella previsione della norma.**

La norma in commento prevede inoltre due circostanze aggravanti: la prima è costituita dalle *scorrerie in armi nelle campagne o nelle pubbliche vie* (c.d. brigantaggio) purché finalizzate alla realizzazione di un programma criminoso; la seconda si applica invece nelle ipotesi in cui il numero degli associati sia almeno di dieci individui.

L'ultimo comma infine reca pene più severe nelle ipotesi in cui l'associazione sia diretta a commettere i delitti di cui agli articoli 600 c.p. (*Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*), 601 c.p. (*Tratta di persone*), 602 c.p. (*Acquisto e alienazione di schiavi*) e articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (*Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*).

• CONCORSO EVENTUALE DI PERSONE E REATO ASSOCIATIVO

In relazione al rapporto intercorrente tra il reato di associazione per delinquere e l'eventuale concorso nel reato associativo giova effettuare alcune precisazioni. Una risalente impostazione della Corte di Cassazione escludeva la possibilità di configurare un concorso esterno nel reato di associazione per delinquere ammettendolo solo in assenza di un nesso di causalità o di un contributo morale di istigazione o determinazione. Ciò in ragione della difficoltà di distinguere chiaramente tra la figura del partecipante, perseguibile direttamente ai sensi dell'art. 416 c.p., e quella del concorrente esterno, sanzionabile ex art. 110 c.p.

La dottrina tuttavia ha cercato di delineare gli aspetti caratteristici di ciascuna figura al fine di individuare elementi discriminanti che consentano di ricondurre una particolare condotta alla figura del partecipante piuttosto che a quella del concorrente:

- a) **permanenza del reato:** oltre a compiere atti criminosi l'associazione punta anche a conservarsi nel tempo e a rintracciare nuove attività delittuose. Il ruolo del partecipante deve caratterizzarsi per la presenza del requisito della permanenza che si traduce nella continuità dell'attività delittuosa prestata in favore dell'associazione; una simile continuità non è richiesta in capo al semplice concorrente che può, solo occasionalmente, compiere specifici delitti individuati nell'ambito di un'associazione per delinquere;
- b) **elemento psicologico:** il partecipante alla associazione aderisce alla *societas sceleris* condividendo sostanzialmente il programma e contribuendo a realizzarlo. Il concorrente è invece piuttosto spinto da scopi individuali ed egoistici e viene pertanto a mancare l'adesione al vincolo associativo.

In difetto di uno dei due elementi *sub a)* e *b)*, la partecipazione alla società per delinquere lascia il passo, più correttamente, alla figura del concorso esterno al reato associativo.

La configurabilità del concorso esterno è riconosciuta anche nell'ambito del reato di associazione di tipo mafioso, ex art. 416-bis, di cui si dirà in seguito.

Elemento soggettivo: ai fini della punibilità è richiesta la sussistenza sia del **dolo generico**, consistente nella coscienza e nella volontà di aderire ad un'associazione per delinquere, sia del **dolo specifico** che si ravvisa nell'intenzione di contribuire al mantenimento dell'associazione e nel realizzare il programma delittuoso della stessa in un rapporto di stabile collaborazione con gli altri componenti.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

In relazione all'attività degli intermediari, il rischio connesso al reato in commento risiede nell'eventualità di un concorso esterno e/o di una partecipazione diretta nel reato associativo, da parte di un soggetto apicale, dipendente e/o altro soggetto equiparato nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente (anche non esclusivi).

Tuttavia si osserva come l'adozione di presidi "*standard*", volti a accertare/verificare l'affidabilità e la reputazione (onorabilità) dei clienti/fornitori/consulenti, costituisce un valido presidio anche al fine della prevenzione del reato in commento.

A tal proposito si richiamano i seguenti presidi:

- procedura per l'adeguata verifica dell'identità di quei soggetti che intrattengono rapporti di varia natura con l'intermediario, *e.g.* clienti, fornitori, consulenti, anche mediante la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla loro reputazione e affidabilità (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- procedura che garantisca la trasparenza nella selezione dei fornitori/consulenti/controparti commerciali anche mediante la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla loro reputazione e affidabilità (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- tracciabilità delle fasi dei processi decisionali (inclusi processi di finanziamento) relativi a clienti/fornitori/consulenti/controparti commerciali (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*).

Ciascun intermediario adotta quei presidi, tra quelli sopra descritti, che ritiene più opportuni tenendo conto delle peculiarità della struttura organizzativa e delle attività svolte.

416-bis Associazione di tipo mafioso anche straniera

Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel massimo, da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite descritte dalla norma. Le pene sono tuttavia aumentate da un terzo alla metà se il fatto è commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione (art. 7, legge 31-03-1965, n. 575).

Fattispecie oggettiva del reato: la fattispecie delittuosa di cui all'art. 416-bis si pone in un rapporto di specificità rispetto a quella di cui all'art. 416. Si caratterizza per alcuni elementi aggiuntivi quali **la forza di intimidazione** del vincolo associativo e **la condizione di assoggettamento e di omertà** che esso crea nei terzi. In merito alla forza di intimidazione, che si configura come il timore procurato ai terzi in virtù dell'attitudine alla coazione e all'esercizio di pressioni, essa deve derivare dall'associazione nel suo

complesso e non dal singolo associato. L'intimidazione non deve riguardare necessariamente la vita e l'incolumità personale, potendo rilevare anche il timore di gravi danni al patrimonio e, in mancanza di specifici atti di violenza e/o intimidatori, essa può essere desunta da circostanze obiettive che dimostrino la capacità dell'associazione di incutere timore o indurre comportamenti non voluti.

In merito alle condizioni di assoggettamento e omertà, esse devono essere conseguenza della precedente attività dell'associazione che ha creato uno stato di sottomissione in conseguenza della fama criminale consolidatasi. L'assoggettamento in particolare viene inteso nel senso di sottomissione incondizionata mentre la condizione di omertà come reticenza e rifiuto di collaborare con gli organi di Stato per timore di eventuali conseguenze negative⁷¹.

L'associazione mafiosa persegue obiettivi più ampi rispetto a quelli dell'associazione per delinquere semplice; tali obiettivi sono tassativamente indicati al comma 3 (*acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali*).

A rilevare sono il fine e la volontà di commettere delitti piuttosto che l'effettivo conseguimento degli scopi sociali; il fine riflette infatti la volontà di esercitare, direttamente o indirettamente, o di condizionare l'esercizio di un'attività economica facendo pressioni sugli organi competenti ad emanare atti quali concessioni⁷², autorizzazioni⁷³, appalti⁷⁴ e servizi pubblici⁷⁵.

L'associazione può infine tendere ad influenzare la libera espressione del diritto di voto.

In merito alle specifiche condotte di reato (**promozione, organizzazione o direzione, partecipazione**) si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'art. 416 c.p.

Si precisa tuttavia che, in relazione alla condotta di partecipazione, è sufficiente la sola adesione/agggregazione ad un'organizzazione di tipo mafioso indipendentemente dal fatto che il soggetto abbia personalmente posto in essere le attività volte a realizzare il programma di tale associazione⁷⁶.

La norma prevede due circostanze aggravanti: la prima viene in essere qualora l'associazione **utilizzi armi** per il conseguimento dei propri scopi a prescindere della legittimità di tale possesso da parte dei singoli associati; la seconda invece è costituita dal **reimpiego dei proventi delittuosi** in attività produttive, investimenti ed attività imprenditoriali in apparenza lecite. Tale ultima circostanza aggravante va riferita all'attività dell'associazione nel suo complesso e non necessariamente alla condotta del singolo partecipante.

• CONCORSO ESTERNO NEL REATO E FAVOREGGIAMENTO

La figura del concorso di reato è stata spesso utilizzata per sanzionare quei fenomeni di continuità con la mafia che possono scaturire dalle condotte di politici, imprenditori, magistrati, funzionari pubblici e anche professionisti che, al di fuori di una canonica affiliazione, operano a sostegno dell'associazione (mafiosa) stessa.

⁷¹ Tali conseguenze negative sono costituite sia dalla paura di danni alla propria persona sia dall'attuazione di minacce che possono determinare danni rilevanti al denunciante in considerazione dell'efficienza e della ramificazione dell'associazione.

⁷² Per concessione si intende un provvedimento con cui la pubblica amministrazione ("PA") conferisce al destinatario nuove facoltà e diritti relativi a sfere di attività proprie della PA.

⁷³ Si intendono i provvedimenti con cui la PA rimuove un limite legale all'esercizio di un diritto.

⁷⁴ Contratto con il quale una parte assume nei confronti della PA l'incarico di realizzare un'opera ovvero di fornire un servizio verso il pagamento di un corrispettivo in denaro o con mezzi propri.

⁷⁵ Attività indirizzate a fini sociali e prestate in favore della collettività.

⁷⁶ La partecipazione infatti può assumere forme differenti purché esse realizzino un contributo concreto all'esistenza e all'affermazione dell'associazione di appartenenza.

Il reato di concorso esterno in associazione mafiosa si distingue da quello di favoreggiamento personale in ragione della sistematicità, nel primo caso, di comportamenti volti a depistare le indagini giudiziarie volte a reprimere l'attività criminosa dell'associazione e a perseguire i partecipanti; tali attività possono essere svolte anche da un soggetto non stabilmente inserito nella struttura organizzativa. Per contro, nell'ambito del reato di favoreggiamento, il soggetto fornisce aiuto episodico a singoli soggetti appartenenti all'associazione mafiosa per sottrarsi alle indagini ed evitare la cattura.

- **ASSOCIAZIONE, CONCORSO ESTERNO NEL REATO E AGGRAVANTE DI CUI ALL'ART. 7 D.L. 13 MAGGIO 1991, N. 152**

Art. 7. D.L. 152/1991

Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

Con la circostanza aggravante di cui all'art. 7, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, il legislatore ha inteso colmare possibili spazi di attività che, pur senza configurare partecipazione o concorso nell'associazione mafiosa, si caratterizzano per il fatto di agevolare l'attività dell'associazione.

In relazione al rapporto intercorrente tra il reato di concorso esterno e l'aggravante di cui al citato art. 7, posto che entrambe le fattispecie sono volte ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, occorre precisare i rispettivi ambiti di applicazione. Secondo la Corte di Cassazione (Sez. Unite Sentenza n. 16 del 05/10/1994 e Sez. 6, Sentenza n. 237 del 22/11/1999) è possibile ricostruire, a livello interpretativo, le specifiche attività dei soggetti coinvolti, a vario titolo, nell'associazione:

- a) il partecipante all'associazione mafiosa è colui che, entrando a far parte dell'associazione, ne diventa parte (pertanto, al fine di integrare gli estremi del reato *ex art. 416-bis*, occorre che sussista un grado di compenetrazione del soggetto con l'organismo criminale tale da potersi sostenere che egli, appunto, faccia parte di esso);
- b) il concorrente è, invece, colui che, pur non facendone parte, contribuisce all'associazione in via temporanea, ad esempio per colmare vuoti temporanei in un determinato ruolo oppure nei momenti di difficoltà dell'associazione stessa;
- c) il soggetto che con il proprio comportamento ricade nell'aggravante di cui all'art. 7, comma 1, L. 152/91, è colui che, senza partecipare direttamente o cocorrere nell'associazione, commette un reato al fine di agevolare l'associazione.

Perché trovi applicazione l'aggravante in oggetto occorre che:

- l'agente abbia commesso o concorra in un reato diverso dal reato associativo di stampo mafioso; e
- il suddetto reato sia stato commesso con il fine di agevolare l'associazione mafiosa.

Non è invece indispensabile che colui che abbia commesso il reato aggravato dall'agevolazione sia anche un associato dell'organizzazione, né, tanto meno, che abbia concorso nel reato associativo.

Elemento soggettivo: ai fini della punibilità è richiesta la sussistenza sia del **dolo generico**, consistente nella coscienza e nella volontà di aderire ad un'associazione di tipo mafioso, sia del **dolo specifico** che si ravvisa

nell'intenzione di contribuire al mantenimento dell'associazione e nel realizzare il programma delittuoso della stessa in un rapporto di stabile collaborazione con gli altri componenti.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

In relazione all'attività degli intermediari, il rischio connesso al reato in commento risiede nell'eventualità di un concorso esterno e/o di una partecipazione diretta nel reato associativo da parte di un soggetto apicale, dipendente e/o altro soggetto equiparato nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente (anche non esclusivi). Tuttavia, posto che il fenomeno della criminalità di tipo mafioso risulta particolarmente incline ad attuare meccanismi di infiltrazione e condizionamento di eccezionale pervasività, si ritiene necessario che l'intermediario, nella mappatura dei rischi 231, consideri non solo la partecipazione o il concorso nei suddetti reati ma anche la commissione di reati ulteriori e diversi, posti in essere da soggetti apicali e/o dipendenti al fine di agevolare l'associazione mafiosa. Si pensi ad esempio al soggetto apicale e/o altro soggetto rilevante che, al fine di agevolare l'associazione mafiosa, commetta reati di riciclaggio o contro la P.A.

Ciò posto si evidenzia che l'adozione di presidi "*standard*", volti ad accertare/verificare l'affidabilità e la reputazione (onorabilità) dei clienti/fornitori/consulenti, costituisce un valido presidio al fine della prevenzione sia dei reati associativi di stampo mafioso (e non) sia al fine di prevenire reati commessi allo scopo di agevolare l'associazione mafiosa.

A tal proposito si richiamano i seguenti presidi:

- procedura per l'adeguata verifica dell'identità di quei soggetti che intrattengono rapporti di varia natura con l'intermediario, *e.g.* clienti, fornitori, consulenti, anche mediante la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla loro reputazione e affidabilità (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- procedura che garantisca la trasparenza nella selezione dei fornitori/consulenti/controparti commerciali anche mediante la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla loro reputazione e affidabilità (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- tracciabilità delle fasi dei processi decisionali (inclusi processi di finanziamento) relativi a clienti/fornitori/consulenti/controparti commerciali (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- definizione di indici di anomalia nel comportamento dei soggetti apicali/dipendenti.

Ciascun intermediario adotta quei presidi, tra quelli sopra descritti, che ritiene più opportuni tenendo conto delle peculiarità della struttura organizzativa e delle attività svolte.

416-ter Scambio elettorale politico-mafioso

La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio della erogazione di denaro.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel massimo, da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, purché rivesta il ruolo/qualità di: (i) uomo politico candidato in una competizione elettorale e/o (ii) sostenitore di un uomo politico candidato in una competizione elettorale. Tali soggetti possono anche essere esterni all'organizzazione mafiosa ma deve comunque sussistere un collegamento con l'organizzazione e i metodi mafiosi propri di una simile associazione.

Fattispecie oggettiva del reato: il delitto in commento si realizza in presenza di un contratto illecito tra un'associazione di tipo mafioso e il potere politico che prevede, da un lato, la promessa di voti e, dall'altro, l'erogazione di denaro in favore dell'associazione mafiosa stessa. In altri termini, l'associazione mafiosa, destinataria dell'erogazione in denaro, si impegna a far votare il candidato che l'ha elargita o anche ad ostacolare il libero esercizio del voto per falsarne il risultato, facendo ricorso all'intimidazione o alla prevaricazione mafiosa (di cui all'art. 416-bis, comma 3).

Il reato si configura anche laddove non vengano posti in essere specifici atti di sopraffazione o di minaccia durante lo svolgimento della campagna elettorale, essendo sufficiente che l'indicazione di voto sia percepita all'esterno come proveniente dal un'associazione mafiosa e pertanto risulti intimidatoria e coercitiva.

Restano invece esclusi dall'ambito di applicazione della norma in commento i casi in cui il corrispettivo per la promessa di voti non sia costituito da denaro ma da altra utilità (in simili casi troveranno applicazione altre norme incriminatrici).

Elemento soggettivo: dolo generico che si sostanzia nella coscienza e nella volontà di richiedere la promessa di voti in cambio della erogazione di denaro con la consapevolezza di concludere l'accordo direttamente con un'associazione di tipo mafioso o con un suo rappresentante.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuate all'art. 416 c.p.

630 Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione

Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni.

Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta.

Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo.

Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da sei a quindici anni.

Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi.

Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma.

I limiti di pena preveduti nel comma precedente possono essere superati allorché ricorrono le circostanze attenuanti di cui al quinto comma del presente articolo.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel massimo, da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta illecita, che ricalca quella di cui all'art. 605 c.p. ("*Sequestro di persona*"), si sostanzia nella privazione/limitazione della libertà fisica della vittima che può realizzarsi sia con un'azione sia con un'omissione. Non occorre necessariamente che sia stata posta in essere una coercizione fisica impeditiva della libertà di movimento, potendo essere sufficiente anche una coercizione di tipo morale conseguente a minacce. Devono considerarsi tali tutti quegli atteggiamenti che siano sufficienti ad annullare la capacità della vittima di agire secondo la propria autonoma volontà; simili atteggiamenti, sebbene non esplicitamente intimidatori, comprendono anche le minacce prestate anche solo in modo discontinuo.

Si ritiene inoltre che la privazione della libertà debba avere una durata apprezzabile; in caso contrario si configurerebbe piuttosto il reato di violenza privata.

Ai sensi del comma 2, la pena per il sequestratore che volontariamente abbia cagionato la morte della vittima risulta aumentata fino all'ergastolo.

Infine, i commi quattro e cinque recano specifiche attenuanti che si realizzano nei casi di dissociazioni volontarie⁷⁷ dei concorrenti nel reato che avvengano durante il sequestro; nel primo caso ha rilevanza la liberazione della vittima senza il pagamento del riscatto⁷⁸, nel secondo invece (opera prestata per evitare conseguenze ulteriori del delitto o concreto aiuto fornito nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti) occorre che sia prestato un contributo sostanziale e decisivo per le indagini⁷⁹. Si ricorda inoltre che, ai sensi dell'art. 6 L. 82/91 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia) è prevista una ulteriore diminuzione di pena in caso di contributo di eccezionale rilevanza.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si riscontra nel fine di conseguire un ingiusto profitto collegato alla liberazione della vittima.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuate all'art. 416 c.p.

⁷⁷ Rilevano anche le dissociazioni che non siano spontanee o dettate da sincero pentimento ma solo da un mero calcolo utilitaristico.

⁷⁸ L'attenuante non è però applicabile se la liberazione sia comunque sottoposta alla condizione di un pagamento successivo alla liberazione stessa e neppure nel caso in cui vi sia un pagamento parziale.

⁷⁹ L'applicabilità di tale attenuante è esclusa se al risultato positivo delle indagini siano pervenuti autonomamente gli inquirenti.

Art. 74 D.P.R. 309/1990 Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope

1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 73⁸⁰, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non inferiore a venti anni.

2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni.

3. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più o se tra i partecipanti vi sono persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

⁸⁰ **Art. 73. Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope.**

1. Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000.

1-bis. Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene:

a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale;

b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene suddette sono diminuite da un terzo alla metà.

2. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nelle tabelle I e II di cui all'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a ventidue anni e con la multa da euro 26.000 a euro 300.000.

2-bis. Le pene di cui al comma 2 si applicano anche nel caso di illecita produzione o commercializzazione delle sostanze chimiche di base e dei precursori di cui alle categorie 1, 2 e 3 dell'allegato I al presente testo unico, utilizzabili nella produzione clandestina delle sostanze stupefacenti o psicotrope previste nelle tabelle di cui all'articolo 14.

3. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione.

4. Quando le condotte di cui al comma 1 riguardano i medicinali ricompresi nella tabella II, sezioni A, B, C e D, limitatamente a quelli indicati nel numero 3-bis) della lettera e) del comma 1 dell'articolo 14 e non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 17, si applicano le pene ivi stabilite, diminuite da un terzo alla metà.

5. Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000.

5-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente ai reati di cui al presente articolo commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste. Con la sentenza il giudice incarica l'Ufficio locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. L'Ufficio riferisce periodicamente al giudice. In deroga a quanto disposto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, previo consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dall'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte.

6. Se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro, la pena è aumentata.

7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

4. Se l'associazione è armata la pena, nei casi indicati dai commi 1 e 3, non può essere inferiore a ventiquattro anni di reclusione e, nel caso previsto dal comma 2, a dodici anni di reclusione. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

5. La pena è aumentata se ricorre la circostanza di cui alla lettera e) del comma 1 dell'articolo 80.

6. Se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'articolo 73, si applicano il primo e il secondo comma dell'articolo 416 del codice penale.

7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti.

8. Quando in leggi e decreti è richiamato il reato previsto dall'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, abrogato dall'articolo 38, comma 1, della legge 26 giugno 1990, n. 162, il richiamo si intende riferito al presente articolo.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel massimo, da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato sono le seguenti:

- (i) promozione;
- (ii) costituzione;
- (iii) direzione;
- (iv) organizzazione;
- (v) finanziamento

di un'**associazione** costituita da tre o più persone con il fine di commettere i delitti di cui all'art. 73 del D.P.R.309/1991 ovvero sia produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Per promotore si deve intendere colui che prende l'iniziativa per la creazione dell'associazione manifestando ai terzi, anche attraverso mezzi divulgativi di per sé leciti, il programma criminoso. Il costitutore è invece quel soggetto che crea l'organizzazione mediante il reclutamento del personale e il reperimento di mezzi; l'organizzatore, infine, è colui che fornisce una struttura operativa all'associazione e ne garantisce l'efficienza attraverso il reperimento di mezzi e persone necessari alla realizzazione del programma. La norma punisce inoltre la condotta del soggetto che partecipi all'associazione ovvero sia che,

condividendone il programma e gli obiettivi, pone in essere attività materiali (anche di importanza secondaria) volte a garantire la sopravvivenza dell'associazione e/o il perseguimento degli scopi sociali.

Posto che il legislatore non ha identificato una specifica condotta rientrante nell'attività di partecipazione, si ritiene che qualunque azione idonea allo scopo possa rientrare nella previsione della norma.

L'oggetto materiale delle condotte deve essere costituito dalle sostanze stupefacenti e psicotrope indicate alla tabella I, prevista dall'articolo 14 del D.P.R. 309/1991.

I commi 3, 4 e 5 recano specifiche aggravanti rispettivamente nei casi di: (i) associazione composta da più di 10 associati; (ii) associazione armata; (iii) condotte illecite aventi ad oggetto sostanze stupefacenti o psicotrope adulterate o commiste ad altre in modo da accentuarne la potenzialità lesiva (art. 80, comma 1, lett. e) D.P.R. 309/1991).

I commi 6 e 7 invece dispongono, rispettivamente, l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 416 c.p. ("*Associazione per delinquere*") nei casi in cui le condotte illecite perpetrate, per i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per le qualità e quantità delle sostanze stupefacenti e/o psicotrope, siano di lieve entità e la riduzione delle pene per quei soggetti che si siano efficacemente adoperati per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse rilevanti.

Elemento soggettivo: ai fini della punibilità è richiesta la sussistenza sia del **dolo generico**, consistente nella coscienza e nella volontà di aderire ad un'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, sia del **dolo specifico** che si ravvisa nell'intenzione di contribuire al mantenimento dell'associazione e nella volontà di realizzare il programma delittuoso della stessa in un rapporto di stabile collaborazione con gli altri componenti.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuate all'art. 416 c.p.

407 c.p.p. Termini di durata massima delle indagini preliminari *

1. Salvo quanto previsto all'articolo 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi.

2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano:

a) i delitti appresso indicati:

1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale;

5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza;

7-bis) dei delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, comma 1, 600-ter, comma 1, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'articolo 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni;

b) notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese;

c) indagini che richiedono il compimento di atti all'estero;

d) procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 371.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415-bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati.

*Rileva, ai fini 231, esclusivamente il comma 5.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 300 quote a 800 quote cioè, nel minimo, da euro 77.468 a euro 464.811 e, nel massimo, da euro 206.582 a euro 1,239.496;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reati comuni.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato possono essere così elencate:

- (i) illegale fabbricazione (*ex art. 1, L. 895/67 e, in caso di armi clandestine, art. 23, L. 110/75*);
- (ii) introduzione nello Stato (*ex art. 1, L.895/67 e, in caso di armi clandestine, art. 23, L. 110/75*);
- (iii) messa in vendita (*ex art. 1, L. 895/67 e, in caso di armi clandestine, art. 23, L. 110/75*);
- (iv) cessione (*ex art. 1, L.895/67 e, in caso di armi clandestine, art. 23, L. 110/75*);
- (v) detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico (*ex artt. 2 e 4, L. 895/67 e, in caso di armi clandestine, art. 23, L. 110/75*)

di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle denominate «da bersaglio da sala», o ad emissione di gas, nonché le armi ad aria compressa o gas compressi, sia lunghe sia corte i cui proiettili erogano un'energia cinetica superiore a 7,5 *joule*, e gli strumenti lanciarazzi, salvo che si tratti di armi destinate alla pesca ovvero di armi e strumenti per i quali è stata esclusa l'attitudine a recare offesa alla persona.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento, il reato non ha rilevanza rispetto alle attività caratteristiche dell'intermediario.

LEGGE 16 MARZO 2006, n. 146 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001)

Art. 10 Responsabilità amministrativa degli enti

1. *In relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati previsti dall'articolo 3, si applicano le disposizioni di cui ai commi seguenti.*
2. *Nel caso di commissione dei delitti previsti dagli articoli 416 e 416-bis del codice penale, dall'articolo 291-quater del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da quattrocento a mille quote.*
3. *Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non inferiore ad un anno.*
4. *Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 2, si applica all'ente la sanzione amministrativa dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.*
7. *Nel caso di reati concernenti il traffico di migranti, per i delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a mille quote.*
8. *Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 7 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni.*
9. *Nel caso di reati concernenti intralcio alla giustizia, per i delitti di cui agli articoli 377-bis e 378 del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquecento quote.*
10. *Agli illeciti amministrativi previsti dal presente articolo si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.*

PREMESSA

La legge 16 marzo 2006 n. 146 (Ratifica della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale) ha introdotto una particolare forma di responsabilità amministrativa degli enti che, attraverso soggetti apicali e/o dipendenti⁸¹, abbiano commesso alcuni specifici illeciti aventi natura transnazionale (si veda l' art. 10)⁸².

Ai fini della L.146/06, si considera "reato transnazionale"⁸³ quel reato *punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:*

- a) *sia commesso in più di uno Stato;*
- b) *ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;*
- c) *ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;*
- d) *ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.*

⁸¹ Ai sensi del comma 10 dell'art. 10 della L.146/2006, agli illeciti amministrativi richiamati si applicano le disposizioni di cui al D.Lgs 231/01.

⁸² La L.146/2006 costituisce l'unico esempio di disposizione normativa che individua reati-presupposto, a cui è ricollegata una responsabilità amministrativa, esterni al *corpus* del decreto 231/01

⁸³ Si veda l'art. 3 della L.146/2006.

I reati transnazionali⁸⁴ che, se commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, possono radicarne la responsabilità amministrativa sono:

- associazione per delinquere (art. 416 c.p.);
- associazioni di tipo mafioso anche straniere (art. 416-bis c.p.);
- induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-bis c.p.);
- favoreggiamento personale (art. 378 c.p.);
- associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* D.P.R. 43/1973);
- associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 D.P.R. 309/1990);
- disposizioni contro le immigrazioni clandestine (art. 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5 D.Lgs 286/1998).

Prima degli interventi legislativi della L. 94/2009 e della L. 116/2009, i reati sopra citati potevano radicare la responsabilità amministrativa dell'ente solo qualora fossero dotati del carattere di transnazionalità risultando pertanto irrilevanti/neutri i reati di tipo "nazionale". La L. 94/2009 ha introdotto nel D.Lgs 231/01 l'art. 24-*ter* che reca, tra i reati presupposto, quelli di associazione per delinquere (416 c.p.), associazioni di tipo mafioso anche estere (art. 416-bis), associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 D.P.R. 309/1990) omettendo tuttavia di abrogare i riferimenti ai medesimi articoli presenti nella L.146/2006. Si ritiene pertanto che laddove tali reati si configurino come transnazionali risulta applicabile la disciplina di cui all'art. 10 L. 146/2006 mentre, in caso di reato "nazionale", la disciplina di riferimento è quella di cui all'art. 24-*ter* D.Lgs 231/01. Le stesse riflessioni possono essere riproposte in relazione alla L. 116/2009 che ha ulteriormente integrato il catalogo dei reati presupposto del decreto con il nuovo art. 25-*novies* che richiama l'art. 377-bis c.p. (Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria) senza tuttavia modificare l'art.10 della L.146/2006.

Le norme richiamate dall'articolo 10 della L.146/06 sono le seguenti:

art- 291-*quater* del D.P.R. 43/1973

art. 416 c.p.

art. 416-bis c.p.

art. 74 del D.P.R. 309/1990

art. 12 del D.Lgs 286/1998

art. 377-bis c.p.

art. 378 c.p.

⁸⁴ In origine tra i reati presupposto di cui all'art. 10 erano presenti anche gli illeciti di riciclaggio (art. 648-bis) e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter*). I relativi commi (commi 5 e 6) sono stati abrogati dal D.Lgs 231/2007 che ha introdotto tali reati direttamente nel *corpus* del decreto (art. 25-*octies*).

REATI PRESUPPOSTO

Art. 291-quater Testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 - Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri

1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 291-bis⁸⁵, coloro che promuovono, costituiscono, dirigono, organizzano o finanziano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a otto anni.
2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione da un anno a sei anni.
3. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.
4. Se l'associazione è armata ovvero se ricorrono le circostanze previste dalle lettere d) od e) del comma 2 dell'articolo 291-ter⁸⁶, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo, e da quattro a dieci anni nei casi previsti dal comma 2. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.
5. Le pene previste dagli articoli 291-bis, 291-ter e dal presente articolo sono diminuite da un terzo alla metà nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori del reato o per la individuazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

⁸⁵ **291-bis. Contrabbando di tabacchi lavorati esteri.**

1. Chiunque introduce, vende, trasporta, acquista o detiene nel territorio dello Stato un quantitativo di tabacco lavorato estero di contrabbando superiore a dieci chilogrammi convenzionali è punito con la multa di euro 5 per ogni grammo convenzionale di prodotto, come definito dall'articolo 9 della legge 7 marzo 1985, n. 76, e con la reclusione da due a cinque anni.
2. I fatti previsti dal comma 1, quando hanno ad oggetto un quantitativo di tabacco lavorato estero fino a dieci chilogrammi convenzionali, sono puniti con la multa di euro 5 per ogni grammo convenzionale di prodotto e comunque in misura non inferiore a euro 516

⁸⁶ **291-ter. Circostanze aggravanti del delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri.**

1. Se i fatti previsti dall'articolo 291-bis sono commessi adoperando mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato, la pena è aumentata.
2. Nelle ipotesi previste dall'articolo 291-bis, si applica la multa di euro 25 per ogni grammo convenzionale di prodotto e la reclusione da tre a sette anni, quando:
 - a) nel commettere il reato o nei comportamenti diretti ad assicurare il prezzo, il prodotto, il profitto o l'impunità del reato, il colpevole faccia uso delle armi o si accerti averle possedute nell'esecuzione del reato;
 - b) nel commettere il reato o immediatamente dopo l'autore è sorpreso insieme a due o più persone in condizioni tali da frapporre ostacolo agli organi di polizia;
 - c) il fatto è connesso con altro reato contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione;
 - d) nel commettere il reato l'autore ha utilizzato mezzi di trasporto, che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche idonee ad ostacolare l'intervento degli organi di polizia ovvero a provocare pericolo per la pubblica incolumità;
 - e) nel commettere il reato l'autore ha utilizzato società di persone o di capitali ovvero si è avvalso di disponibilità finanziarie in qualsiasi modo costituite in Stati che non hanno ratificato la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 9 agosto 1993, n. 328, e che comunque non hanno stipulato e ratificato convenzioni di assistenza giudiziaria con l'Italia aventi ad oggetto il delitto di contrabbando.
3. La circostanza attenuante prevista dall'articolo 62-bis del codice penale, se concorre con le circostanze aggravanti di cui alle lettere a) e d) del comma 2 del presente articolo, non può essere ritenuta equivalente o prevalente rispetto a esse e la diminuzione di pena si opera sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel massimo, da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite in commento.

Fattispecie oggettiva del reato: la disposizione in commento punisce⁸⁷ i componenti di un'associazione⁸⁸ che miri a porre in essere le condotte illecite di cui all'art. 291-*bis* ovvero:

- (i) l'introduzione;
- (ii) la vendita e
- (iii) la detenzione

di un quantitativo di tabacco lavorato estero di contrabbando superiore a dieci chilogrammi convenzionali.

Il comma 4 prevede specifiche aggravanti⁸⁹ nel caso in cui: (i) l'associazione sia armata ovvero sia quando i partecipanti abbiano la disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito e (ii) ricorrano le circostanze previste dalle lettere *d*) (commissione del reato utilizzando mezzi di trasporto che presentano alterazioni/modifiche idonee ad ostacolare l'intervento degli organi di polizia ovvero a provocare pericolo per la pubblica incolumità) o *e*) (commissione del reato attraverso l'utilizzo di società di persone, di capitali o di disponibilità finanziarie in qualunque modo costituite in Stati che non hanno ratificato la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, redatta a Strasburgo l'8 novembre 1990 e convenzioni di assistenza giudiziaria con l'Italia aventi ad oggetto il delitto di contrabbando) del comma 2 dell'articolo 291-*ter*.

Infine il comma 5 prevede la riduzione della pena per l'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze anche aiutando concretamente le autorità nella raccolta di

⁸⁷ L'entità della pena è modulata sulla base del ruolo ricoperto dal soggetto agente all'interno dell'organizzazione: coloro che costituiscono, promuovono, dirigono, organizzano e finanziano l'associazione sono puniti con la reclusione da 3 a 8 anni mentre coloro che abbiano un ruolo di mera partecipazione possono incorrere nella pena della reclusione da 1 a 6 anni. Si tengo inoltre presente che la pena è automaticamente aumentata se il numero degli associati sia superiore a 10.

⁸⁸ Eventuali conflitti tra l'art. 291-*quater* e il 416 c.p.(Associazione per delinquere) dovrà essere risolto a favore della prima norma in virtù del criterio di specialità.

⁸⁹ Si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal comma 1 (promozione, costituzione, direzione, organizzazione e finanziamento) del presente articolo, e da quattro a dieci anni nei casi previsti dal comma 2 (partecipazione).

elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori del reato o per l'individuazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuate all'art. 416 c.p.

Art. 74 Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 - Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope

1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 73, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non inferiore a venti anni.

2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni.

3. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più o se tra i partecipanti vi sono persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

4. Se l'associazione è armata la pena, nei casi indicati dai commi 1 e 3, non può essere inferiore a ventiquattro anni di reclusione e, nel caso previsto dal comma 2, a dodici anni di reclusione. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

5. La pena è aumentata se ricorre la circostanza di cui alla lettera e) del comma 1 dell'articolo 80.

6. Se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'articolo 73, si applicano il primo e il secondo comma dell'articolo 416 del codice penale.

7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti.

8. Quando in leggi e decreti è richiamato il reato previsto dall'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, abrogato dall'articolo 38, comma 1, della legge 26 giugno 1990, n. 162, il richiamo si intende riferito al presente articolo.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Si rimanda all'analisi già condotta a pagina 78 con la precisazione che, in caso di reato transnazionale, si applicheranno le sanzioni specificamente previste dall'art.10 della L.146/06.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure descritti in precedenza.

Art. 416 c.p. Associazione per delinquere

Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.

Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.

I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.

Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni.

La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.

Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Si rimanda all'analisi già condotta a pagina 68 con la precisazione che, in caso di reato transnazionale, si applicheranno le sanzioni specificamente previste dall'art.10 della L.146/06.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure descritti in precedenza.

Art. 416-bis c.p. Associazioni di tipo mafioso anche straniere

Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: da 400 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 103.291 a euro 619.748 e, nel 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Si rimanda all'analisi già condotta a pagina 71 con la precisazione che, in caso di reato transnazionale, si applicheranno le sanzioni specificamente previste dall'art.10 della L.146/06.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure descritti in precedenza.

Art. 12 Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 - Disposizioni contro le immigrazioni clandestine *

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona.

2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.

3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;

b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;

c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;

d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;

e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive.

3-bis. Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata.

3-ter. La pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3:

a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento;

b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto.

3-quater. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-bis e 3-ter, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

3-quinquies. Per i delitti previsti dai commi precedenti le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.

3-sexies. All'articolo 4-bis, comma 1, terzo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, dopo le parole: «609-octies del codice penale» sono inserite le seguenti: «nonché dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286».

4. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza.

4-bis. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

4-ter. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.

5. Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa

fino a euro 15.493. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

5-bis. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina.

6. Il vettore aereo, marittimo o terrestre, è tenuto ad accertarsi che lo straniero trasportato sia in possesso dei documenti richiesti per l'ingresso nel territorio dello Stato, nonché a riferire all'organo di polizia di frontiera dell'eventuale presenza a bordo dei rispettivi mezzi di trasporto di stranieri in posizione irregolare. In caso di inosservanza anche di uno solo degli obblighi di cui al presente comma, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 per ciascuno degli stranieri trasportati. Nei casi più gravi è disposta la sospensione da uno a dodici mesi, ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall'autorità amministrativa italiana inerenti all'attività professionale svolta e al mezzo di trasporto utilizzato. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

7. Nel corso di operazioni di polizia finalizzate al contrasto delle immigrazioni clandestine, disposte nell'ambito delle direttive di cui all'articolo 11, comma 3, gli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza operanti nelle province di confine e nelle acque territoriali possono procedere al controllo e alle ispezioni dei mezzi di trasporto e delle cose trasportate, ancorché soggetti a speciale regime doganale, quando, anche in relazione a specifiche circostanze di luogo e di tempo, sussistono fondati motivi che possano essere utilizzati per uno dei reati previsti dal presente articolo. Dell'esito dei controlli e delle ispezioni è redatto processo verbale in appositi moduli, che è trasmesso entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica il quale, se ne ricorrono i presupposti, lo convalida nelle successive quarantotto ore. Nelle medesime circostanze gli ufficiali di polizia giudiziaria possono altresì procedere a perquisizioni, con l'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 352, commi 3 e 4 del codice di procedura penale.

8. I beni sequestrati nel corso di operazioni di polizia finalizzate alla prevenzione e repressione dei reati previsti dal presente articolo, sono affidati dall'autorità giudiziaria procedente in custodia giudiziale, salvo che vi ostino esigenze processuali, agli organi di polizia che ne facciano richiesta per l'impiego in attività di polizia ovvero ad altri organi dello Stato o ad altri enti pubblici per finalità di giustizia, di protezione civile o di tutela ambientale. I mezzi di trasporto non possono essere in alcun caso alienati. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 100, commi 2 e 3, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

8-bis. Nel caso che non siano state presentate istanze di affidamento per mezzi di trasporto sequestrati, si applicano le disposizioni dell'articolo 301-bis, comma 3, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e successive modificazioni.

8-ter. La distruzione può essere direttamente disposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dalla autorità da lui delegata, previo nullaosta dell'autorità giudiziaria procedente.

8-quater. Con il provvedimento che dispone la distruzione ai sensi del comma 8-ter sono altresì fissate le modalità di esecuzione.

8-quinqües. I beni acquisiti dallo Stato a seguito di provvedimento definitivo di confisca sono, a richiesta, assegnati all'amministrazione o trasferiti all'ente che ne abbiano avuto l'uso ai sensi del comma 8 ovvero sono alienati o distrutti. I mezzi di trasporto non assegnati, o trasferiti per le finalità di cui al comma 8, sono comunque distrutti. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Ai fini della determinazione dell'eventuale indennità, si applica il comma 5

dell'articolo 301-bis del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e successive modificazioni.

9. Le somme di denaro confiscate a seguito di condanna per uno dei reati previsti dal presente articolo, nonché le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati, sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei medesimi reati, anche a livello internazionale mediante interventi finalizzati alla collaborazione e alla assistenza tecnico-operativa con le forze di polizia dei Paesi interessati. A tal fine, le somme affluiscono ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere assegnate, sulla base di specifiche richieste, ai pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'interno, rubrica «Sicurezza pubblica».

9-bis. La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato.

9-ter. Le navi della Marina militare, ferme restando le competenze istituzionali in materia di difesa nazionale, possono essere utilizzate per concorrere alle attività di cui al comma 9-bis.

9-quater. I poteri di cui al comma 9-bis possono essere esercitati al di fuori delle acque territoriali, oltre che da parte delle navi della Marina militare, anche da parte delle navi in servizio di polizia, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di una nave senza bandiera o con bandiera di convenienza.

9-quinquies. Le modalità di intervento delle navi della Marina militare nonché quelle di raccordo con le attività svolte dalle altre unità navali in servizio di polizia sono definite con decreto interministeriale dei Ministri dell'interno, della difesa, dell'economia e delle finanze e delle infrastrutture e dei trasporti.

9-sexies. Le disposizioni di cui ai commi 9-bis e 9-quater si applicano, in quanto compatibili, anche per i controlli concernenti il traffico aereo.

*Rilevano ai fini 231 esclusivamente i commi 3, 3-bis, 3-ter e 5.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: da 200 quote a 1000 quote cioè, nel minimo, da euro 51.645 a euro 309.874 e, nel massimo da euro 258.228 a euro 1,550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite in commento.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si sostanziano nel:

- (i) promuovere; e/o
- (ii) dirigere; e/o

- (iii) organizzare; e/o
- (iv) finanziare; e/o
- (v) effettuare

il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero

- (vi) compiere altri atti

diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente.

La sanzione prevista dalla norma è quella della multa⁹⁰ di euro 15.000 per ogni persona illecitamente introdotta nel territorio dello stato nei seguenti casi:

- a) i soggetti introdotti illegalmente e che permangono illegalmente nel territorio dello stato sono almeno 5;
- b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;
- c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;
- d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;
- e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive.

Il comma 3-ter stabilisce una specifica aggravante nei casi in cui le condotte criminose siano poste in essere: (i) al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardino l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; e/o (ii) al fine di trarne profitto, anche indiretto.

Infine il comma 5 sanziona la condotta di chi, traendo un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o delle attività criminose individuate dalla norma, ne favorisce la permanenza all'interno del territorio italiano. La pena prevista è inoltre aumentata se tale condotta viene posta in essere in concorso da due o più persone.

Elemento soggettivo: dolo generico ad eccezione dei commi 3-ter e 5 in cui rileva invece l'elemento soggettivo del **dolo specifico**.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento, il reato non ha rilevanza rispetto alle attività caratteristiche dell'intermediario.

⁹⁰ Qualora le condotte criminose descritte siano commesse ricorrendo a due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e), la pena prevista è aumentata.

Art. 377-bis c.p. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con violenza o minaccia, o con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, induce a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa ha la facoltà di non rispondere, è punito con la reclusione da due a sei anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel massimo da euro 129.114 a euro 774. 685;

Altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Si rimanda all'analisi già condotta nella scheda di reato *ex art. 25-novies (Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria)*.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati nella scheda di reato *ex art. 25-novies (Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria)*.

Art. 378 c.p. Favoreggiamento personale

Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce la pena di morte o l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'autorità, o a sottrarsi alle ricerche di questa, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

Quando il delitto commesso è quello previsto dall'art. 416-bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni.

Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa, ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a euro 516.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DALLA L. 146/06

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote cioè nel massimo da euro 129.114 a euro 774. 685;

Altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Presupposti per la configurabilità del reato: affinché possa configurarsi il reato di favoreggiamento personale devono sussistere congiuntamente i seguenti condizioni:

- (i) deve essere stato commesso un delitto presupposto ad opera di un soggetto diverso da quello che, con la propria condotta, integra gli estremi del reato di favoreggiamento; e
- (ii) il soggetto che, con la propria condotta, integra gli estremi del reato di favoreggiamento non deve aver concorso nel reato presupposto⁹¹.

Fattispecie oggettiva del reato: il reato di favoreggiamento personale si configura come un reato a forma libera; qualunque condotta od omissione finalizzata ad intralciare le indagini/accertamenti integra gli estremi della fattispecie di reato. Rileva anche il rifiuto di fornire notizie utili per l'accertamento del delitto⁹²; la circostanza che le informazioni si trovassero già nelle mani degli inquirenti non costituisce causa di esclusione dell'applicazione della norma⁹³.

Il secondo e il terzo comma recano rispettivamente una circostanza aggravante, nel caso in cui si ponga in essere il reato di favoreggiamento personale in favore di un'associazione di tipo mafioso (art. 416-bis), e una forma di circostanza attenuante, in forza della quale per le contravvenzioni (non sanzionate con la pena di morte, l'ergastolo o la reclusione) la pena per il reato di favoreggiamento è della multa fino a euro 516.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà di aiutare una persona ad eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche in relazione ad un reato commesso.

⁹¹ Il concorso nel reato ex art.110 c.p. e il reato di favoreggiamento personale in commento sono tra loro alternativi. Il reato di favoreggiamento può essere perpetrato anche prima dell'instaurazione del giudizio ma necessariamente dopo la consumazione del reato precedente. In caso contrario si ricadrebbe nella fattispecie del concorso.

⁹² Si vedano le pronunce della Corte di Cassazione n. 6235 del 29-05-2000 e della Corte Costituzionale n.6235 del 29-05-2000.

⁹³ Si veda la sentenza n. 6235 del 29-05-2000 della Corte di Cassazione, sez. VI.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati nella scheda di reato *ex art. 25-nonies (Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria)*.

Art. 25 DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Concussione e corruzione

- 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi 1 e 3, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.*
- 2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-ter, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.*
- 3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-bis quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-ter, comma 2, e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.*
- 4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-bis.*
- 5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.*

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25 del D.Lgs. n. 231/01 sono:

317

318

319

319-bis

319-ter

320

321

322

322-bis

REATI PRESUPPOSTO

317 Concussione

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 300 a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.496;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio⁹⁴, trattandosi di un reato cosiddetto "proprio" ovvero riconducibile esclusivamente a determinati soggetti.

Lo scopo della norma è quello di garantire il funzionamento della P.A., inteso come imparzialità e buon andamento della gestione, e di impedire che privati cittadini siano vittima di abusi e sopraffazioni messe in atto da pubblici funzionari.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta criminosa è composta da più elementi e dà essenzialmente luogo a due forme di concussione, quella per costrizione e quella per induzione: in entrambe assume una posizione centrale l'abuso dei poteri e della qualità del soggetto attivo, ossia la strumentalizzazione, da parte dello stesso, della sua qualifica soggettiva o delle attribuzioni ad essa connesse. L'abuso dei poteri è finalizzato a costringere, con minaccia esplicita o anche solo implicita, o indurre taluno, con suggestione, inganno o qualunque altra attività di persuasione, a dare o a promettere di dare prestazioni non dovute. Per abuso dei poteri si devono intendere tutte quelle pratiche nelle quali il soggetto attivo faccia uso, nei modi previsti dalla legge, dei poteri che legittimamente gli spettano ma li adoperi per perseguire un fine illecito; l'abuso delle qualità soggettive si sostanzia invece nell'indebito sfruttamento della posizione rivestita all'interno della P.A..

La commissione del delitto di concussione è legata alla effettiva qualifica del soggetto agente e non alla convinzione ingenerata nella parte lesa; non possono infatti commettere il reato in commento l'usurpatore o un dipendente a riposo. La fattispecie si impenna inoltre sulla soggezione psicologica, il timore o il condizionamento della libertà del soggetto leso che sia stata causa del suo comportamento.

⁹⁴Prima della riforma del 1990, l'ambito soggettivo della norma era limitato esclusivamente al pubblico ufficiale in quanto si riteneva che l'incaricato di pubblico servizio, in virtù della limitatezza dei poteri a quest'ultimo attribuiti, non potesse compiere il reato in commento. La giurisprudenza si è però sempre pronunciata a favore dell'estensione dell'ambito soggettivo della norma, estensione che è stata recepita nella L. 26-4-1990, n. 86.

Soggetto passivo: il soggetto indotto a promettere o consegnare denaro al pubblico ufficiale o a un incaricato di pubblico servizio nonché lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Presupposti per la configurabilità del reato: conoscenza del carattere indebito della promessa o della dazione.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

L'illecito in analisi potrebbe radicare la responsabilità dell'ente solo nei casi in cui i soggetti apicali, i dipendenti e/o i soggetti a questi equiparati, incaricati di un di pubblico servizio⁹⁵, pongano in essere la condotta illecita in commento, nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

La responsabilità dell'ente può inoltre configurarsi qualora un soggetto in posizione apicale, un dipendente e/o un soggetto a questo equiparato concorra con un pubblico ufficiale alla commissione del reato in oggetto (si veda la nota 95).

ASPETTI PROCEDURALI

Nei casi in cui il dipendente dell'intermediario rivesta la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio occorre introdurre una specifica procedura che:

- (i) identifichi i criteri per per l'individuazione dei casi in cui il soggetto apicale o il dipendente (o un soggetto a questi equiparato) siano qualificabili come pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio in forza della specifica attività svolta;
- (ii) preveda un'apposita informazione/formazione dei soggetti di cui al punto i) in merito alla qualifica rivestita e alle norme applicabili;
- (iii) ribadisca il divieto di porre in essere condotte contrarie al disposto delle norme applicabili;
- (iv) preveda l'obbligo che gli incontri con la clientela avvengano possibilmente presso la sede dell'intermediario;
- (v) preveda l'obbligo per il dipendente che rivesta la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio di non incontrare il cliente da solo;
- (vi) introduca specifici obblighi di reportistica che consentano ai soggetti incaricati del controllo di linea di monitorare il corretto svolgimento degli incontri in modo tale da rendere l'attività svolta dal dipendente dell'intermediario documentata e ricostruibile;
- (vii) preveda specifici controlli sull'operato dei soggetti di cui al punto i) .

Ai fini della prevenzione del concorso nel reato in commento si ritiene opportuno che le procedure prevedano che gli incontri con il PU o l'incaricato di PS si tengano alla presenza di più soggetti appartenenti al *business* coinvolto; si consiglia, anche in questo caso, di introdurre specifici obblighi di reportistica che consentano ai soggetti incaricati del controllo di linea di monitorare il corretto svolgimento degli incontri; a tal fine potrebbe essere opportuno richiedere ai dipendenti coinvolti di compilare un apposito questionario, predisposto dalla funzione di controllo, volto ad evidenziare eventuali comportamenti del PU o dell'incaricato di PS sospetti o, comunque, deontologicamente inappropriati. Nei casi in cui il dipendente che entri in contatto con la PA ravvisi elementi di maggiore sospetto dovrà darne comunicazione immediata alla funzione *compliance*.

⁹⁵ Sono considerati pubblici ufficiali i funzionari degli istituti bancari, quali quelli del mediocredito, che operano nel campo dei crediti speciali o agevolati, erogabili in favore di determinate categorie di imprenditori con provvedimento pubblico di natura concessoria e che gravano in sull'erario.

CORRUZIONE E CONCUSSIONE: brevi cenni.

Il reato di concussione si distingue da quello di corruzione, di cui si dirà in seguito, in ragione della **posizione delle parti** e della **formazione della volontà** del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio e del privato. Mentre, infatti, il presupposto del reato di concussione, così come sottolineato in precedenza, si concreta nello stato di soggezione psicologica o di timore ingenerato nel privato, che è tale da annullarne la libera volontà e da indurlo a consegnare o promettere denaro o altra utilità, nel reato di corruzione corrotto e corruttore si trovano in una condizione soggettiva paritetica, indipendentemente dal soggetto che prende l'iniziativa. La corruzione è, infatti, il risultato della convergenza delle libere e incondizionate volontà delle parti, che si accordano in danno della P.A.

Vanno inoltre considerati anche gli effetti dell'atto per il privato nell'una e nell'altra fattispecie: nel delitto di concussione il privato si vede costretto a consegnare/promettere denaro o altra utilità al fine di evitare un danno ingiusto; al contrario, nella corruzione il privato/corruttore agisce nel tentativo di ottenere un indebito vantaggio.

CORRUZIONE: PREMESSA

La corruzione può essere definita come un accordo tra un pubblico funzionario e un privato, in forza del quale il primo accetta dal secondo, per un atto relativo all'esercizio delle sue attribuzioni, un compenso che non gli è dovuto. Il reato in oggetto, che si articola in una pluralità di fattispecie accomunate dalla medesima condotta criminosa, si sostanzia nel baratto dell'attività tipica della P.A. contro una qualsiasi utilità offerta da un privato.

A seconda del momento temporale in cui interviene l'atto del privato volto a viziare l'attività del pubblico ufficiale, la corruzione può essere antecedente, se la promessa o la dazione del denaro siano avvenuti prima del compimento dell'atto, e susseguente, laddove la dazione abbia avuto luogo successivamente al compimento dello stesso.

E' inoltre possibile effettuare un'ulteriore distinzione tra corruzione propria, che si realizza quando l'oggetto del reato è un atto non conforme ai doveri dell'ufficio del pubblico ufficiale, ed impropria se, al contrario, l'atto è conforme a tali doveri.

318 Corruzione per un atto d'ufficio

Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 200 quote cioè, nel minimo fino a euro 51.645 e nel massimo fino a euro 309.874;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: nella fattispecie di cui al comma 1 il soggetto attivo è sia il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, in veste di pubblico impiegato, sia il privato (corruttore); nei casi rientranti nel comma 2 invece il soggetto attivo è esclusivamente il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma ha ad oggetto il reato di corruzione impropria (antecedente al comma 1, susseguente al comma 2), che si concretizza nel compimento di un atto conforme ai doveri dell'ufficio del pubblico ufficiale. Nel caso di corruzione antecedente, la condotta criminosa si sostanzia nell'offerta o nella promessa di denaro o altra utilità⁹⁶ da parte del privato (corruttore) e nell'accettazione della stessa da parte del pubblico ufficiale (corrotto). Al contrario, nel caso di corruzione susseguente, la condotta delittuosa coincide esclusivamente con la ricezione di denaro o di altra utilità da parte del pubblico ufficiale.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: nei casi di corruzione impropria antecedente a rilevare è il **dolo specifico** in quanto il corruttore agisce nella consapevolezza che la retribuzione offerta non è dovuta ma è finalizzata ad ottenere il compimento di uno specifico atto. Si parla invece di **dolo generico** nel caso di corruzione impropria susseguente in quanto essa consiste nella coscienza di ricevere una retribuzione indebita per un atto già compiuto.

RISCHI CONNESSI

I reati di corruzione possono determinare l'insorgere della responsabilità amministrativa dell'ente tanto nel caso in cui il dipendente o altro soggetto rilevante dell'intermediario sia il soggetto corrotto quanto nel caso in cui rivesta il ruolo di corruttore ai sensi dell'art. 321 (si veda *infra*).

Si noti che il primo caso può verificarsi solo qualora il dipendente, o altro soggetto rilevante dell'intermediario, agisca in qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (si veda la nota 95).

⁹⁶ Denaro o altra utilità sono definite come "retribuzione non dovuta" stante il tenore letterale della norma. Per retribuzione si deve intendere qualsiasi prestazione in denaro o altra utilità che abbia il carattere di corrispettivo per il compimento dell'atto; non vi rientrano le donazioni di modico valore per via della loro *sproporzione* rispetto all'atto del pubblico ufficiale (Cass. Sez. Un., 15-3-96; Cass. VI, 15-2-1999).

Per quanto riguarda invece il secondo caso, in cui un soggetto rilevante dell'intermediario sia il corruttore, particolare attenzione deve essere prestata ogni qualvolta l'intermediario entri in contatto con la P.A., che interagisce in qualità di cliente o controparte (si pensi ad esempio all'intermediario collocatore di obbligazioni di enti territoriali oppure all'intermediario che stipuli con l'ente territoriale o altra P.A. contratti derivati o di finanziamento), in veste di autorità di vigilanza (quali Consob, Banca d'Italia) o altra autorità pubblica. In tali contesti la corruzione del funzionario della P.A. potrebbe essere finalizzata ad ottenere un incarico oppure una autorizzazione o, ancora, a far sì che l'autorità di vigilanza, o altra pubblica autorità, non rilevi inadempienze e/o illeciti commessi dall'intermediario stesso.

ASPETTI PROCEDURALI

Al fine di individuare adeguati e specifici presidi volti a prevenire la commissione dei reati in commento occorre prevedere, con riferimento all'ipotesi in cui la P.A. si interfaccia con l'intermediario in veste di **cliente**, che :

- (i) ogni operazione che coinvolga la P.A. sia autorizzata da una funzione di legale e/o di *compliance*;
- (ii) negli incontri con la P.A. l'intermediario partecipi con almeno due soggetti; si consiglia di introdurre specifici obblighi di reportistica che consentano ai soggetti incaricati del controllo di linea di monitorare il corretto svolgimento degli incontri. Solo nei casi in cui si ravvisino potenziali estremi di reato si ritiene opportuno l'immediato coinvolgimento della funzione di *compliance*;
- (iii) l'attività svolta deve essere documentata e ricostruibile; ogni contatto telefonico o telematico deve avvenire attraverso linee registrate o registrabili.

Nel caso in cui l'intermediario entri in contatto con la P.A. in veste di **Autorità di vigilanza o altra autorità pubblica** occorre che:

- (i) in caso di ispezioni, richieste di informazioni, dati e/o documenti i contatti con Consob/Banca d'Italia siano intrattenuti tramite o alla presenza della funzione di *compliance* e di almeno un altro soggetto non appartenente all'area operativa interessata dall'ispezione e/o dalla richiesta dell'autorità; nel caso di ispezioni, richieste di informazioni, dati e/o documenti provenienti da altre Autorità pubbliche, i contatti/rapporti con tali Autorità devono essere intrattenuti tramite o alla presenza di un soggetto appartenente ad una funzione di controllo scelto in base al criterio della funzionalità;
- (ii) in caso di colloqui riservati tra gli esponenti della Consob/Banca d'Italia o di altra Autorità con un esponente dell'intermediario, tale ultimo soggetto è tenuto, salvo che ciò sia espressamente vietato dalla legge, a riportare alle funzioni di controllo deputate dall'intermediario l'esito dell'incontro e le modalità di svolgimento dello stesso ;
- (iii) gli incontri con qualunque Autorità siano verbalizzati e debitamente conservati.

In generale, è opportuno che siano fissate soglie di spesa in relazione a regali e benefici elargibili ai **clienti** appartenenti alla P.A. e che sia stabilito un adeguato processo autorizzativo in tal senso. Inoltre, si consiglia di predisporre procedure che stabiliscano l'obbligo di istituire un apposito registro in cui annotare l'identità sia dei dipendenti che vengono a contatto con la P.A. sia del soggetto della P.A. che si interfaccia con il dipendente dell'intermediario⁹⁷ al fine di consentire eventuali controlli a campione ().

Nei casi in cui il dipendente dell'intermediario rivesta la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio occorre introdurre una specifica procedura che:

⁹⁷ Si precisa che un simile registro deve essere alimentato con i soli contatti intercorsi con specifici soggetti della P.A. Ne sono invece esclusi i contatti che avvengono tramite *call centre* in ragione della impersonalità che caratterizza tali conversazioni.

- (i) identifichi i criteri per per l'individuazione dei casi in cui il soggetto apicale o il dipendente (o un soggetto a questi equiparato) siano qualificabili come pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio in forza della specifica attività svolta;
- (ii) preveda un'apposita informazione/formazione dei soggetti di cui al punto i) in merito alla qualifica rivestita e alle norme applicabili;
- (iii) ribadisca il divieto di porre in essere condotte contrarie al disposto delle norme applicabili;
- (iv) preveda l'obbligo che gli incontri con la clientela avvengano possibilmente presso la sede dell'intermediario;
- (v) preveda l'obbligo per il dipendente che rivesta la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio di non incontrare il cliente da solo;
- (vi) introduca specifici obblighi di reportistica che consentano ai soggetti incaricati del controllo di linea di monitorare il corretto svolgimento degli incontri in modo tale da rendere l'attività svolta dal dipendente dell'intermediario documentata e ricostruibile;
- (vii) preveda specifici controlli sull'operato dei soggetti di cui al punto i).

319 Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio

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 due a cinque anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 600 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 154.937 a euro 929.622;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che riveste tale qualifica al momento del fatto.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma ha ad oggetto il reato di corruzione **propria**, consistente nel compimento di un atto **non conforme ai doveri dell'ufficio del pubblico ufficiale**. La corruzione può essere antecedente, se la retribuzione è pattuita anteriormente al compimento dell'atto, o susseguente, qualora la retribuzione si riferisca ad un atto già compiuto.

La condotta delittuosa si sostanzia nell'offrire o promettere una retribuzione al pubblico ufficiale al fine di omettere o ritardare un atto del suo ufficio o al fine di compierne uno ad essi contrario. La fattispecie è quindi bilaterale e si impernia sul vincolo di corrispettività e proporzionalità tra retribuzione offerta o promessa e conseguente atto o omissione. Nella categoria degli atti contrari ai doveri d'ufficio si annoverano tutti quei comportamenti discrezionali⁹⁸ contrastanti con la normativa, con le istruzioni di servizio o che comunque violino i doveri di fedeltà, imparzialità e onestà imposti al pubblico ufficiale⁹⁹. Pertanto, come sostenuto anche dalla giurisprudenza, affinché possa configurarsi il reato di corruzione propria non è necessario individuare uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio essendo sufficiente la ricezione di somme di denaro (o altra utilità) in misura tale da determinare una commistione di interessi contraria al dovere di fedeltà e imparzialità del pubblico ufficiale¹⁰⁰.

Inoltre, la valutazione del reato di corruzione propria può essere incentrata anche sul servizio complessivamente reso dal pubblico ufficiale e sul risultato raggiunto, piuttosto che sul compimento di atti che potrebbero configurarsi come pienamente legittimi se considerati singolarmente.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: dolo specifico.

⁹⁸ Si precisa che la corruzione propria non è configurabile nel caso di compimento di atti vincolati in relazione ai quali non esiste alcuno spazio di discrezionalità del pubblico ufficiale.

⁹⁹ Cass. VI, 14-3-96; Cass. VI, 12-6-96; Cass. VI, 15-2-99).

¹⁰⁰ Cass. VI, 26-2-2007 n.21192.

RISCHI CONNESSI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

319-bis. Circostanze aggravanti

La pena è aumentata se il fatto di cui all'articolo 319 ha per oggetto il conferimento di pubblici impieghi o stipendi o pensioni o la stipulazione di contratti nei quali sia interessata la pubblica amministrazione alla quale il pubblico ufficiale appartiene.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che riveste tale qualifica al momento del fatto.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma reca un aggravante del reato di corruzione propria, ex art. 319 c.p., antecedente e susseguente. La condotta si caratterizza per l'oggetto dell'accordo criminoso, interscambio tra pubblico ufficiale e privato, che deve necessariamente sostanziarsi nel conferimento indebito di pubblici impieghi, stipendi, pensioni o stipulazione di contratti con la P.A.

L'inasprimento delle sanzioni si giustifica in ragione del maggior pregiudizio arrecato allo Stato o alla P.A.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: dolo specifico.

RISCHI CONNESSI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

319-ter Corruzione in atti giudiziari

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 tre a otto anni.

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

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Per il **comma 1**:

sanzione pecuniaria: da 200 a 600 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 154.937 a euro 929.622;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per il **comma 2**:

sanzione pecuniaria: da 300 a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.496;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: il giudice, il pubblico ministero, l'ufficiale giudiziario, il consulente tecnico, il perito d'ufficio, il curatore fallimentare¹⁰¹ in virtù della natura degli atti oggetto dell'accordo criminoso tra le parti. È invece escluso, dal novero dei soggetti attivi, l'incaricato di pubblico servizio.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma sancisce la punibilità dei reati di corruzione impropria (art. 318 c.p.) e propria (319 c.p.) se commessi al fine di favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo. La pena prevista è ulteriormente inasprita se la corruzione ha comportato la condanna alla pena della reclusione superiore a 5 anni o dell'ergastolo per qualunque soggetto vittima dell'accordo tra corrotto e corruttore.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: dolo specifico.

¹⁰¹ Cass. VI, 21-4-98.

RISCHI CONNESSI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p. In generale si osserva che il reato in oggetto rileva ai fini delle responsabilità amministrative degli intermediari nel caso in cui il dipendente dell'intermediario o altro soggetto rilevante sia corruttore ovvero concorra nella commissione del reato in commento.

ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p. In particolare, ogni rapporto con l'autorità giudiziaria deve essere intrattenuto dal legale interno e/o dal professionista incaricato della difesa dell'ente davanti alla stessa.

320 Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio

Le disposizioni dell'articolo 319 si applicano anche all'incaricato di un pubblico servizio; quelle di cui all'articolo 318 si applicano anche alla persona incaricata di un pubblico servizio, qualora rivesta la qualità di pubblico impiegato.

In ogni caso, le pene sono ridotte in misura non superiore ad un terzo.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: incaricato di pubblico servizio con la precisazione che, nel caso di corruzione impropria, l'incaricato di pubblico servizio deve necessariamente rivestire la qualifica di pubblico impiegato.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma sancisce la punibilità della condotta di corruzione propria (art. 319) e impropria (art. 318) qualora commesse da un incaricato di pubblico servizio.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: si vedano i precedenti artt. 318 e 319 c.p.

321 Pene per il corruttore

Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'articolo 319, nell'articolo 319-bis, nell'articolo 319-ter, e nell'articolo 320 in relazione alle suddette ipotesi degli articoli 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque.

Fattispecie oggettiva del reato: le pene previste dai precedenti artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, e 320 c.p. sono applicabili anche a colui che perpetra il delitto di corruzione attiva, ovvero completa lo schema del reato di corruzione che, in ragione della sua struttura bilaterale, si articola in due distinte condotte criminose, l'una posta in essere dal corruttore e l'altra dal corrotto.

Si precisa che la giurisprudenza ha più volte ribadito che i *profili di colpevolezza* sono *indipendenti ed autonomi* con la conseguenza che non sarà necessario individuare il corrotto al fine di condannare il corruttore e viceversa¹⁰².

Il soggetto agente può essere sia il privato sia un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio purché diverso da quello che compie l'atto conforme o contrario ai propri doveri d'ufficio.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: **dolo generico** nella corruzione susseguente, **specifico** in quella antecedente.

RISCHI CONNESSI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

¹⁰² Cass. V, 10-04-81 e Cass. VI, 4-12-96.

322 Istigazione alla corruzione

Chiunque offre o promette denaro od altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318, ridotta di un terzo.

Se l'offerta o la promessa è fatta per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri, il colpevole soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alla pena stabilita nell'articolo 319, ridotta di un terzo.

La pena di cui al primo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 318.

La pena di cui al secondo comma si applica al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio che sollecita una promessa o dazione di denaro od altra utilità da parte di un privato per le finalità indicate dall'articolo 319.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Per i **commi 1 e 3**:

sanzione pecuniaria: fino a 200 quote cioè nel minimo fino a euro 51.645 e nel massimo fino a euro 309.874;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per i **commi 2 e 4**:

sanzione pecuniaria: da 200 a 600 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 154.937 a euro 929.622;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: il privato e/o il pubblico ufficiale, a seconda della specifica condotta delittuosa posta in essere.

Fattispecie oggettiva del reato: il reato viene in essere quando la proposta proveniente dal privato, nel caso di corruzione, o dal pubblico ufficiale nel caso di concussione, **non sia accettata** dalla controparte; la condotta posta in essere non integra pertanto gli estremi delle fattispecie di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis e 319-ter c.p., mancando del requisito essenziale della consumazione. La norma individua quattro specifiche ipotesi di reato ovvero:

1. istigazione alla corruzione impropria da parte del privato;
2. istigazione alla corruzione propria da parte del privato;
3. istigazione alla corruzione impropria da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio;
4. istigazione alla corruzione propria da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

Nelle ipotesi *sub* 1 e 2, l'iniziativa criminosa parte dal privato che, con l'offerta di denaro o altra utilità, cerca di indurre il pubblico ufficiale a compiere un atto del suo ufficio (art. 318 c.p.) oppure a ritardarlo o commetterne uno contrario (art. 319 c.p.). Nei casi *sub* 3 e 4 è invece il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che sollecita il privato, offrendosi di compiere o non compiere un atto proprio del suo ufficio sotto richiesta di denaro o qualunque altra utilità.

Per l'integrazione del reato di istigazione alla corruzione è sufficiente la sola promessa dell'utilità: la consumazione, che si sostanzia nell'accettazione, è pertanto irrilevante. Se vi fosse accettazione infatti si ricadrebbe negli estremi del reato di corruzione propria o impropria; anche nel caso in cui tra le parti siano intercorse trattative non concluse in un accordo vero e proprio, si può configurare il reato di tentata corruzione piuttosto che di istigazione.

Non rileva, ai fini dell'esclusione del reato, la *tenuità della somma di denaro offerta* ma anzi può essere maggiormente lesiva del prestigio del pubblico ufficiale che, per una somma irrisoria, è venuto meno ai propri doveri¹⁰³. Il reato è escluso solo qualora manchi la *idoneità potenziale dell'offerta o della promessa a conseguire lo scopo perseguito dall'autore per l'evidente quanto assoluta impossibilità del pubblico ufficiale di tenere il comportamento illecito richiestogli*¹⁰⁴.

Si noti che l'ipotesi di istigazione alla corruzione propria, di cui al quarto comma dell'articolo in commento, è stata introdotta dal legislatore come ipotesi residuale per punire le condotte del pubblico ufficiale che non integrano tentativo di concussione per mancanza dei requisiti di costrizione o induzione nei confronti del privato¹⁰⁵.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).]

Elemento soggettivo: dolo generico che consiste nella coscienza e volontà di offrire denaro o altra utilità non dovuti ad un pubblico ufficiale ovvero nell'istigazione del privato alla promessa o alla dazione di denaro o altra utilità per il compimento di un atto conforme o contrario ai doveri di ufficio di un pubblico ufficiale.

RISCHI CONNESSI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

¹⁰³ Cass. VI, 4-06-96 n. 2714.

¹⁰⁴ Cass. VI, 8-5-2003.

¹⁰⁵ Cass. VI, 25-06-94, n. 6113.

322-bis Peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;

2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;

3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitino funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;

4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;

5) a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio.

Le disposizioni degli articoli 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:

1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;

2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali.

Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitino funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: i membri della Commissione europea, del Parlamento europeo, della Corte di giustizia, della Corte dei conti, i funzionari o gli agenti delle Comunità europee, soggetti sottoposti a Stati membri o a qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee purché esercitino funzioni corrispondenti ai funzionari o agenti delle Comunità europee, i membri e gli addetti di enti costituiti sulla base dei trattati istitutivi delle Comunità europee nonché coloro che svolgono funzioni corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio nell'ambito degli altri Stati membri dell'Unione europea.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma estende l'ambito di applicazione soggettivo dei reati di cui agli artt. 314, 316, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322 c.p. ai soggetti attivi richiamati sopra.

Il comma 2 precisa inoltre che la punibilità dei delitti di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.) e di corruzione propria e impropria (art. 321 c.p.) è estesa esclusivamente qualora denaro e/o altra utilità sono offerti a:

- (i) uno dei soggetti richiamati al comma 1 dell'articolo in commento (soggetti attivi); o
- (ii) soggetti esercenti funzioni corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio nell'ambito di altri stati esteri, diversi da quelli di cui al punto i), o organizzazioni pubbliche internazionali che operino al fine di procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali¹⁰⁶.

Infine, il comma 3 chiarisce che i soggetti della Comunità europea sono assimilabili ai pubblici ufficiali qualora esercitino funzioni corrispondenti; in tutti gli altri casi, essi saranno più correttamente collocati nella categoria degli incaricati di pubblico servizio.

¹⁰⁶ Nel definire *un'operazione economica internazionale* parte della dottrina fa riferimento alla Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri in cui le operazioni economiche internazionali sono definite come affari conclusi nell'ambito del commercio internazionale. *Contra*, per operazioni economiche internazionali devono intendersi le operazioni commerciali e gli investimenti.

Soggetto passivo: lo Stato e l'interesse al buon andamento della P.A. (interesse pubblico generale).

Elemento soggettivo: si vedano le singole fattispecie delittuose (*i.e.* artt. 314, 316, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 320, 321, 322 c.p.).

RISCHI CONNESSI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i commenti *sub* art. 318 c.p.

314. Peculato

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

Si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni quando il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita.

PREMESSA

Pur non appartenendo al catalogo dei reati presupposto direttamente indicati dal D.Lgs 231/01, il delitto di peculato viene richiamato dall'art. 322-bis (si veda *supra*), rilevando, ai fini della responsabilità ex D.Lgs 231/01, esclusivamente laddove sia commesso dai soggetti attivi di cui al citato art. 322-bis.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di **reato proprio**, può essere commesso esclusivamente da un soggetto che rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, ritenendosi come tale anche il funzionario di fatto.

Presupposto del reato: disponibilità della cosa o del denaro per ragioni di servizio. Rileva sia la disponibilità materiale sia la disponibilità giuridica, che ricorre quando il soggetto attivo, pur non detenendo materialmente la cosa o il denaro, ne abbia la disponibilità attraverso ordini, mandati o in virtù di prassi operative. Inoltre, la rilevanza giuridica della disponibilità si realizza solo laddove essa avvenga per "*ragioni d'ufficio*" ovvero in conseguenza delle specifiche funzioni svolte.

Fattispecie oggettiva del reato: il reato di peculato si sostanzia nell'appropriazione di cose o denaro con l'interversione del possesso, ovvero sia il soggetto attivo dispone delle cose/denaro come se ne fosse il reale proprietario. Posto che la condotta delittuosa deve determinare una uscita dal patrimonio della P.A., vi rientrano anche le condotte di **ritenzione, alienazione e consumazione**.

Gli estremi del reato in commento sono integrati anche nel caso in cui il pubblico ufficiale agisca affinché un complice si appropri della *res* (l'azione materiale non deve quindi necessariamente essere posta in essere dal soggetto attivo).

L'oggetto della condotta delittuosa è costituito da cose o denaro non necessariamente di proprietà della P.A., rilevando anche l'appropriazione di *res* appartenenti a privati. La cosa oggetto di appropriazione deve essere suscettibile di valutazione economica.

Una particolare forma di peculato è costituita dal **peculato d'uso** (secondo comma dell'articolo in commento) che costituisce un'autonoma fattispecie di reato. Il carattere peculiare del peculato d'uso è costituito da un "*uso momentaneo della res*", ovvero sia da un uso non istantaneo ma temporaneo della stessa. Si ritiene che possa configurarsi solo con riferimento a **cose di specie e non anche cose fungibili** (e.g. il denaro).

Elemento soggettivo: dolo generico che si realizza nella consapevolezza del possesso e della disponibilità della cosa per ragioni di ufficio o di servizio nonché nella coscienza e volontà dell'appropriazione.

316. Peculato mediante profitto dell'errore altrui

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni

PREMESSA

Pur non appartenendo al catalogo dei reati presupposto direttamente indicati dal D.Lgs 231/01, il delitto di peculato mediante profitto altrui viene richiamato dall'art. 322-*bis* (si veda *supra*), rilevando, ai fini della responsabilità ex D.Lgs 231/01, esclusivamente laddove sia commesso dai soggetti di cui al citato art. 322-*bis*.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che riveste tale qualifica al momento del fatto (**reato proprio**).

Presupposto del reato: erroneo convincimento ingenerato nel terzo di dover consegnare denaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio che lo riceve o lo ritiene sfruttando l'errore altrui. Il soggetto attivo deve necessariamente essere a conoscenza dell'errore del terzo e deve servirsene per appropriarsi del denaro e/o di altra utilità.

Soggetto passivo: chiunque.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta illecita può consistere nella (i) ricezione o (ii) ritenzione indebita di denaro e/o altra utilità. La ricezione è caratterizzata dall'atteggiamento passivo del soggetto attivo che si limita a ricevere la *res* dal terzo. La ritenzione consiste invece nel mancato pagamento del dovuto al terzo, che per errore non lo richiede, oppure nella mancata restituzione di quanto il terzo abbia versato per errore.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà di ricevere o trattenere la *res* essendo consapevoli dell'errore altrui e/o dopo aver scoperto tale errore.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

I reati di peculato e peculato mediante profitto dell'errore altrui possono determinare l'insorgere della responsabilità amministrativa dell'ente tanto nel caso in cui il dipendente o altro soggetto rilevante dell'intermediario rivesta il ruolo di pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio quanto nel caso in cui tale soggetto concorra con un terzo, necessariamente pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, in tali reati.

Si noti che il primo caso può verificarsi solo qualora il dipendente, o altro soggetto rilevante dell'intermediario, agisca in qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio ovvero sia nel caso in cui gestisca l'attribuzione di sovvenzioni pubbliche, crediti speciali e/o crediti di scopo legale (si veda la nota 95 *supra*). Entrambe le ipotesi, commissione diretta del reato e concorso nello stesso, rilevano esclusivamente se hanno procurato all'ente un interesse e/o un vantaggio diretto e/o indiretto.

Nei casi in cui il dipendente dell'intermediario rivesta la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio occorre introdurre una specifica procedura che:

- (i) identifichi i criteri per per l'individuazione dei casi in cui il soggetto apicale o il dipendente (o un soggetto a questi equiparato) siano qualificabili come pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio in forza della specifica attività svolta;
- (ii) preveda un'apposita informazione/formazione dei soggetti di cui al punto i) in merito alla qualifica rivestita e alle norme applicabili;
- (iii) ribadisca il divieto di porre in essere condotte contrarie al disposto delle norme applicabili;
- (iv) preveda l'obbligo che gli incontri con la clientela avvengano possibilmente presso la sede dell'intermediario;
- (v) preveda l'obbligo per il dipendente che rivesta la carica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio di non incontrare il cliente da solo;
- (vi) introduca specifici obblighi di reportistica che consentano ai soggetti incaricati del controllo di linea di monitorare il corretto svolgimento degli incontri in modo tale da rendere l'attività svolta dal dipendente dell'intermediario documentata e ricostruibile;
- (vii) preveda specifici controlli sull'operato dei soggetti di cui al punto i) .

ART. 25-BIS DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento.

1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dal codice penale in materia di falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

- a) per il delitto di cui all'articolo 453 la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;*
- b) per i delitti di cui agli articoli 454, 460 e 461 la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;*
- c) per il delitto di cui all'articolo 455 le sanzioni pecuniarie stabilite dalla lettera a), in relazione all'articolo 453, e dalla lettera b), in relazione all'articolo 454, ridotte da un terzo alla metà;*
- d) per i delitti di cui agli articoli 457 e 464, secondo comma, le sanzioni pecuniarie fino a duecento quote;*
- e) per il delitto di cui all'articolo 459 le sanzioni pecuniarie previste dalle lettere a), c) e d) ridotte di un terzo;*
- f) per il delitto di cui all'articolo 464, primo comma, la sanzione pecuniaria fino a trecento quote;*
- f-bis) per i delitti di cui agli articoli 473 e 474, la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.*

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui agli articoli 453, 454, 455, 459, 460 e 461, 473 e 474 del codice penale, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore ad un anno.

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25-bis del D. lgs. n. 231/01 sono:

453	<i>pag.</i>
454	<i>pag.</i>
455	<i>pag.</i>
457	<i>pag.</i>
459	<i>pag.</i>
460	<i>pag.</i>
461	<i>pag.</i>
464	<i>pag.</i>
473	<i>pag.</i>
474	<i>pag.</i>

REATI PRESUPPOSTO

Art. 453 Falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate

E' punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 516 a euro 3.098:

- 1. chiunque, contraffà monete nazionali o straniere, aventi corso legale nello Stato o fuori;*
- 2. chiunque, altera in qualsiasi modo monete genuine, col dare ad esse l'apparenza di un valore superiore;*
- 3. chiunque, non essendo concorso nella contraffazione o nell'alterazione, ma di concerto con chi l'ha eseguita ovvero con un intermediario, introduce nel territorio dello Stato o detiene o spende o mette altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate;*
- 4. chiunque, al fine di metterle in circolazione, acquista o comunque riceve, da chi le ha falsificate, ovvero da un intermediario, monete contraffatte o alterate.*

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 300 a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468,52 a euro 464.811,21 e nel massimo da euro 206.582,72 a euro 1.239.496,37;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque.

Fattispecie oggettiva del reato: le principali condotte criminose punite riguardano:

1. la contraffazione, ossia la creazione di cose simili ad altre, ovverosia, nella fattispecie, di monete che abbiano un'apparenza di genuinità e che siano, perciò, spendibili;
2. l'alterazione, ossia la modifica della sostanza o delle caratteristiche materiali o formali delle monete al fine di creare l'apparenza di un valore superiore (es. la doratura di una moneta d'argento);
3. l'introduzione, ossia fare entrare nel territorio dello Stato monete contraffatte all'estero. Il superamento del confine italiano segna il limite tra la fattispecie consumata e quella tentata;
4. la detenzione, ossia il disporre, anche momentaneamente e a qualsiasi titolo, di monete alterate o contraffatte;
5. la spendita di monete, ossia l'utilizzo come mezzo di pagamento di monete alterate o contraffatte;
6. la messa in circolazione, ossia fare uscire dalla propria sfera giuridica e di controllo, a qualsiasi titolo, le monete, per immetterle nel flusso finanziario (es. donazione, comodato, abbandono, ecc);
7. l'acquisto o ricezione di monete, ossia una vera e propria compravendita di monete o il semplice rendersi destinatari indipendentemente da una vendita nel secondo caso. È richiesto il fine specifico della messa in circolazione di monete false, in mancanza del quale possono venire in rilievo altri tipi di reato quali la ricettazione e il favoreggiamento reale.

I reati di falso nummario sono delitti di natura plurioffensiva poiché realizzano un'offesa contro la fede pubblica (intesa come fiducia del pubblico in determinati oggetti, simboli e forme esteriori) e contro

l'interesse specifico. In particolare, tali reati intendono tutelare, da un lato, la legalità della circolazione monetaria e, dall'altro, gli interessi finanziari e patrimoniali degli enti autorizzati all'emissione delle monete e quelli dei privati danneggiati dalla falsità¹⁰⁷.

Il falso nummario deve essere tale da indurre in errore un numero indeterminato di persone; quando la falsità è così evidente da essere riconoscibile *ictu oculi* da qualsiasi persona di comune discernimento ed esperienza, si tratta di un "falso grossolano" non punibile, poiché configura un reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2 c.p.¹⁰⁸.

L'art. 453, n. 3) c.p. punisce chi, senza concorso nella contraffazione, agisce di concerto con il contraffattore o con un suo intermediario. Ciò implica che l'autore del fatto tipico non possa essere né il contraffattore né un suo compartecipe. Nel caso in cui l'autore del falso nummario spacci le monete da lui contraffatte, tale condotta, essendo un *post factum* non punibile, risulta assorbita dalla contraffazione. Perché sussista il concerto è sufficiente una qualsiasi intesa, anche mediata, cioè attraverso uno o più intermediari, tra contraffattori e spenditori; inoltre il previo concerto può desumersi, in via indiziaria, dalla quantità di banconote, dalla frequenza e ripetitività dei rapporti di fornitura¹⁰⁹.

È applicabile l'attenuante del danno di speciale tenuità, di cui all'art. 62, n. 4 c.p., purché il fatto risulti commesso per un motivo di lucro (ossia per acquisire un vantaggio patrimoniale) e purché la speciale tenuità riguardi sia il lucro (prefigurato o conseguito) sia l'evento dannoso o pericoloso (quest'ultima espressione ricomprende qualsiasi offesa penalmente rilevante che sia di tale modestia da risultare proporzionata alla tenuità del vantaggio economico conseguito o che si intendeva conseguire)¹¹⁰. È applicabile altresì l'attenuante del risarcimento del danno prima del giudizio di cui all'art. 62, n. 6 c.p.

Elemento soggettivo: dolo generico inteso come coscienza e volontà non solo della condotta di falsificazione ma anche dell'evento di pericolo consistente nell'errore generabile nella sfera intellettuale altrui circa l'esistenza di una realtà che non esiste o che non ha fedele rispondenza nell'oggetto che la rappresenta (Il **dolo specifico** è richiesto solo per l'acquisto o ricezione di monete alterate o contraffatte). Tuttavia la giurisprudenza maggioritaria ritiene il dolo insito nella sola alterazione della verità (*immutatio veri*), escludendo la necessità della consapevolezza del suo carattere offensivo¹¹¹.

RISCHI CONNESSI

Con riferimento a tali reati, effettive situazioni di rischio per gli intermediari possono verificarsi in relazione alle ipotesi di:

- introduzione nel territorio dello Stato di monete, valori di bollo, carta filigranata, altrove contraffatti;
- detenzione, anche momentanea, di monete, valori di bollo, carta filigranata, alterati o contraffatti;
- spendita di monete alterate o contraffatte;
- messa in circolazione, al di fuori delle ipotesi di concorso nella contraffazione e alterazione, di monete o valori contraffatti o alterati;
- acquisto o ricezione di monete e valori di bollo contraffatti dal falsificatore o da un intermediario (genericamente inteso).

In particolare, ai fini della responsabilità dell'ente, appare rischiosa non solo l'azione intenzionale, ma anche, ad esempio, la "colposa" messa in circolazione di monete o valori di bollo contraffatti, attuata cioè

¹⁰⁷ Cass. Sez. Un. 25-10-2007

¹⁰⁸ Tribunale di Nola, 13-03-2006.

¹⁰⁹ Cass. Sez. VI, 31-01-1996 - 26-03-1996 n. 3013.

¹¹⁰ Cass. Sez. V, 19-10-2005 - 29-11-2005 n. 43342.

¹¹¹ Cass. Sez. V, 26-10-1987.

senza operare, nel dubbio sull'autenticità, le opportune verifiche al fine di evitare fastidi per l'intermediario derivanti dal rilevare e denunciare falsità di questo tipo.

I settori aziendali maggiormente a rischio in tal senso sono il *front-office* (indipendentemente dal servizio di investimento che tale area sia deputata a svolgere) e gli uffici amministrativi. Non si ravvisano, invece, strette correlazioni con uno specifico servizio di investimento.

ASPETTI PROCEDURALI

Preliminarmente si consiglia di verificare la tenuta delle procedure già esistenti in azienda sul controllo dei valori trattati, con riferimento, soprattutto, a clientela occasionale e/o ad operazioni di rilevanti entità.

Si suggerisce poi di rafforzare, nel rispetto delle tutele poste dallo Statuto dei Lavoratori, i controlli sugli addetti alle funzioni coinvolte e di prevedere, qualora già non vi sia, una documentazione circostanziata delle verifiche effettuate; inoltre, al fine supportare gli addetti nell'attività di verifica dell'autenticità dei valori trattati, si consiglia di dotarsi di strumentazione elettronica *ad hoc* e di formare adeguatamente il personale sull'utilizzo della stessa.

Art. 454 Alterazione di monete

Chiunque altera monete della qualità indicata nell'articolo precedente, scemandone in qualsiasi modo il valore, ovvero, rispetto alle monete in tal modo alterate, commette alcuno dei fatti indicati nei nn. 3 e 4 del detto articolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 516.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 129.114,2 a euro 774.685,35;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Per la trattazione si rinvia al commento *sub* art. 453 c.p., con l'unica precisazione che l'alterazione di cui all'art. 453 c.p. tende a creare l'apparenza di un valore superiore, mentre la condotta di cui all'art. 454 c.p. deve tendere a diminuire in qualsiasi modo il valore della moneta e, pertanto, può riguardare solo monete metalliche composte da sostanze di pregio apprezzabile e si compie attraverso la sottrazione di tale metallo mediante raschiatura, segnatura, trattamento chimico, ecc.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

Art. 455 Spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate

Chiunque, fuori dei casi preveduti dai due articoli precedenti, introduce nel territorio dello Stato, acquista o detiene monete contraffatte o alterate, al fine di metterle in circolazione, ovvero le spende o le mette altrimenti in circolazione, soggiace alle pene stabilite nei detti articoli ridotte da un terzo alla metà.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da un terzo alla metà delle sanzioni pecuniarie previste agli artt. 453 e 454 c.p.;
sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, fuori dei casi di cui agli artt. 453 e 454 c.p.

Fattispecie oggettiva del reato: si tratta di una serie di condotte di ricettazione in senso lato di monete falsificate riconducibili alle fattispecie di cui ai precedenti artt. 453 nn. 3 e 4 e 454 seconda parte, differenziandosi da esse per la previsione del dolo specifico e per l'assenza del previo concerto con il falsificatore o con un intermediario.

La condotta sanzionata consiste nella messa in circolazione delle monete false a causa di qualunque attività del detentore, mediante la quale esse escono dall'ambito della sua custodia, quindi mediante acquisto, cambio, deposito, comodato, ricezione in pegno, nonché l'intermediazione in taluno di questi o altri negozi.¹¹²

La fattispecie, posta a tutela della pubblica fede, integra un reato di pericolo per la cui configurabilità non è necessario che il fine di mettere in circolazione la moneta falsa riceva concreta attuazione, essendo sufficiente la detenzione o l'acquisto al fine della messa in circolazione.

È applicabile l'attenuante del danno di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4 c.p., purché il fatto risulti commesso per un motivo di lucro (ossia per acquisire un vantaggio patrimoniale).

Elemento soggettivo: è necessario non solo il **dolo generico**, ovvero la volontà cosciente dell'azione e la consapevolezza della falsità delle monete al momento della loro ricezione, ma anche il **dolo specifico**, consistente nella finalità di mettere in circolazione la falsa moneta ricevuta in mala fede¹¹³. La prova del dolo specifico non può ritenersi *in re ipsa* ma deve essere ricavata da elementi sintomatici gravi e convergenti idonei a rappresentare in modo inequivoco l'intenzione dell'agente di mettere in circolazione la banconota, quali ad esempio la consistenza del fatto, il numero e il valore delle monete falsificate, la *distantia temporis* tra la ricezione e la spendita, il movente della condotta, lo scopo della conservazione e della mancata consegna all'Autorità¹¹⁴.

¹¹² Cass. Sez V, 20-12-2006 - 18-05-2007, n. 19471.

¹¹³ Cass. Sez V, 14-04-2000 - 12-05-2000, n. 5617.

¹¹⁴ Cass. Sez. V, 01-10-1999 - 29-12-1999, n. 14659.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

Art. 457 Spendita di monete falsificate ricevute in buona fede

Chiunque spende, o mette altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate, da lui ricevute in buona fede, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 1.032.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 a 200 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 51.645,68 a euro 309.874,14;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque

Fattispecie oggettiva del reato: per la condotta si rinvia alla trattazione relativa all'art. 453 c.p.

La semplice detenzione di monete falsificate non integra gli estremi del reato salvo che nel detentore sorga l'intenzione di metterle in circolazione, nel qual caso si ricadrebbe nell'ambito applicativo dell'art. 455 c.p. Infatti, la fattispecie contemplata all'art. 457 c.p. rappresenta l'ipotesi meno grave di falso nummario, perché il soggetto agisce non tanto per procurarsi un vantaggio illecito, quanto piuttosto per evitare un danno patrimoniale (partendo dall'assunto che non si può pretendere che chi ha ricevuto in buona fede denaro falso subisca il danno senza tentare di riversarlo su altri). Inoltre, il reato in esame si distingue da quello di cui all'art. 455 c.p. poiché in quest'ultimo la consapevolezza della falsità delle monete deve sussistere nell'agente all'atto della ricezione mentre, nel reato di cui all'art. 457 c.p., tale consapevolezza è posteriore al ricevimento delle monete false¹¹⁵.

Elemento soggettivo: devono sussistere la buona fede (ignoranza circa la falsità delle monete) all'atto della ricezione e il **dolo generico** all'atto della spendita o della messa in circolazione. Il dolo generico consiste nella consapevolezza dell'autore della falsità della moneta che detiene o spende.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

¹¹⁵ Cass. Sez. V, 24-04-1990.

Art. 459 Falsificazione di valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati

Le disposizioni degli articoli 453, 455 e 457 si applicano anche alla contraffazione o alterazione di valori di bollo e alla introduzione nel territorio dello Stato, o all'acquisto, detenzione e messa in circolazione di valori di bollo contraffatti; ma le pene sono ridotte di un terzo.

Agli effetti della legge penale, s'intendono per «valori di bollo» la carta bollata, le marche da bollo, i francobolli e gli altri valori equiparati a questi da leggi speciali.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: un terzo delle sanzioni pecuniarie previste agli artt. 453, 455 e 457 c.p.;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, cittadino o straniero (reato comune).

Fattispecie oggettiva del reato: è punita l'alterazione dei valori di bollo con apparente aumento di valore, posto che i valori di bollo non sono composti di una sostanza il cui valore possa essere suscettibile di riduzione. L'alterazione non deve consistere nel cancellare o far scomparire il valore di bollo (fattispecie punita dall'art. 466, comma 1 c.p.). Il reato in commento punisce altresì l'introduzione nello Stato, l'acquisto, la detenzione e la messa in circolazione di valori di bollo contraffatti, e non anche di quelli alterati.

Con riferimento ai francobolli, a fini penali è necessario si tratti di valori ancora in uso e non già annullati. L'eventuale falsità commessa su francobolli che non siano mai stati in uso, può ravvisare gli estremi della truffa o della frode commerciale ma non del falso in valori bollati.

Sono equiparati ai francobolli emessi dallo Stato i francobolli emessi da enti pubblici o privati sulla base di apposita concessione statale e, ai sensi dell'art. 33 comma 2 del DPR 156/1973, i francobolli postali di Stati esteri. Il medesimo articolo del citato DPR stabilisce inoltre che se i fatti previsti dagli artt. 459, 460 e 461 c.p. si riferiscono a francobolli non in corso, ma che hanno avuto corso legale, emessi dallo Stato italiano o da Stati esteri, si applicano le pene stabilite da tali articoli ridotte di un terzo.

Tra i valori equiparati ai valori bollati rientrano ad esempio le marche assicurative (art. 110 del r.d. n. 1827/1935), mentre sono escluse le cartoline vaglia, la cui falsificazione è punita come falso documentale.

Qualora l'agente acquisti, riceva o detenga valori di bollo falsi, al fine di utilizzarli secondo la loro normale destinazione, non commette alcun reato fino a che non ne faccia un uso effettivo.

È applicabile l'attenuante del danno di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4 c.p., purché la speciale tenuità riguardi sia il lucro (profilo soggettivo), sia l'evento dannoso o pericoloso (profilo oggettivo).

Presupposti per la configurabilità del reato: è necessario che i valori siano in corso o se fuori corso che ne sia consentito il cambio con quelli in corso.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella volontà cosciente e libera dell'acquisto, detenzione e messa in circolazione dei valori bollati. Tuttavia, essendo richiamati nell'articolo le disposizioni di cui agli artt. 453, 455 e 457 quando queste richiedano il dolo specifico sarà la presenza di quest'ultimo ad integrare il reato.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

Art. 460 Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo

Chiunque contraffà la carta filigranata che si adopera per la fabbricazione delle carte di pubblico credito o dei valori di bollo, ovvero acquista, detiene o aliena tale carta contraffatta, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 309 a euro 1.032.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 129.114,2 a euro 774.685,35;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque

Fattispecie oggettiva del reato: è punita la contraffazione della carta filigranata (prodotta direttamente dallo Stato o da soggetti autorizzati) e la detenzione della carta contraffatta.

Per "fabbricazione" si intende la produzione da parte dell'agente di carte di pubblico credito o di valori bollati, sia che ne conservi la detenzione, sia che li ceda ad altri.

Per "acquisto" si intende una vera e propria compravendita di carta contraffatta.

La "detenzione" consiste nell'aver a disposizione, anche momentaneamente e a qualsiasi titolo, la carta contraffatta.

Costituisce "alienazione" qualsiasi passaggio di proprietà, a titolo oneroso o gratuito, di carta contraffatta.

Tra tali condotte non può esservi concorso, essendo previste in via alternativa e progressiva una rispetto all'altra.

Il delitto ha natura sussidiaria perché applicabile solo se il fatto non costituisce un più grave reato. Infatti se, ad esempio, l'agente, dopo aver contraffatto la carta filigranata, utilizza quest'ultima per fabbricare biglietti di Stato o valori di bollo risponde solo del reato di falsificazione di monete (art. 453 c.p.) quale reato progressivo.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà di contraffare carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori bollati.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

Art. 461 *Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata*

Chiunque fabbrica, acquista, detiene o aliena filigrane o strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione o alterazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 516. La stessa pena si applica se le condotte previste dal primo comma hanno ad oggetto ologrammi o altri componenti della moneta destinati ad assicurarne la protezione contro la contraffazione o l'alterazione.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 129.114,2 a euro 774.685,35;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque

Fattispecie oggettiva del reato: la fattispecie in commento è un reato di pericolo perché punisce il solo fatto della fabbricazione, dell'acquisto o della detenzione di ogni mezzo, oggettivamente idoneo a compiere anche solo una parte del processo esecutivo della contraffazione.

Per "filigrane" si intendono i punzoni, le forme, o le tele che servono per fabbricare carta filigranata e dunque per imprimere sulla carta immagini in trasparenza.

Con "strumenti" si individuano tutti i mezzi meccanici fabbricati e destinati specificatamente alla contraffazione o alterazione di monete, valori di bollo e carta filigranata, con esclusione delle materie prime (metallo, carta, etc).

L'illegale detenzione configura il reato di contraffazione di carta filigranata di cui all'art. 460 c.p. e non quello meno grave di cui all'articolo in commento¹¹⁶, atteso che il legislatore distingue la filigrana che serve per la contraffazione dalla carta filigranata che è il prodotto della contraffazione¹¹⁷.

Il tentativo è configurabile solo nell'ipotesi di fabbricazione poiché non è possibile tentare di acquistare o detenere, in quanto il delitto si perfeziona con il primo atto di possesso, e neppure è possibile tentare di alienare, perché l'alienazione presupporrebbe la fabbricazione, l'acquisto o la detenzione e quindi il perfezionamento del reato.

Il D.L. 350/2001 (introduzione dell'Euro) ha aggiunto il secondo comma dell'articolo in commento allo scopo di attribuire rilevanza penale a condotte che, pur non essendo di per sé lesive della fede pubblica, sono chiaramente finalizzate a predisporre strumenti idonei alla contraffazione. Per "ologramma" si

¹¹⁶ Il delitto di cui all'art. 461 ha, infatti, natura sussidiaria perché si applica solo se il fatto non costituisce più grave reato.

¹¹⁷ Cass. Sez. V, 20-10-2004 - 02-12-2004, n. 46819.

intende un'immagine ottenuta con una particolare tecnica laser impressa sul supporto cartaceo delle banconote ed in grado di riprodurre una apparenza tridimensionale di un oggetto.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà di fabbricare o detenere filigrane o strumenti destinati alla falsificazione di monete, valori bollati o carta filigranata.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

Art. 464 Uso di valori di bollo contraffatti o alterati

Chiunque, non essendo concorso nella contraffazione o nell'alterazione, fa uso di valori di bollo contraffatti o alterati è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 516.

Se i valori sono stati ricevuti in buona fede, si applica la pena stabilita nell'art. 457, ridotta di un terzo.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Per il comma 1

Sanzione pecuniaria: da 100 a 300 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 77.468,52 a euro 464.811,21;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per il comma 2

Sanzione pecuniaria: da 100 a 200 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 51.645,68 a euro 309.874,14;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, salvo abbia concorso nel reato di contraffazione o alterazione.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma punisce colui che, non essendo concorso nella falsificazione, fa uso di valori contraffatti o alterati. La condotta si concretizza nell'uso dei bolli secondo la loro naturale destinazione, distinguendosi così dalla loro messa in circolazione, sanzionata dall'art. 459 c.p., che si realizza con il trasferimento di tali bolli a terzi.

Chiunque acquisti, riceva o detenga valori di bollo falsi, senza concerto né trattativa con l'autore della falsificazione, al fine di utilizzarli per la loro normale destinazione, non commette alcun reato fino a quando non ne faccia effettivamente uso: infatti, mentre il primo comma dell'articolo in commento punisce chi fa uso di valori di bollo contraffatti o alterati, il secondo comma contempla l'ipotesi attenuata di quando tali valori siano stati ricevuti in buona fede; da ciò può evincersi che il presupposto per l'applicazione del primo comma è la ricezione in mala fede dei valori di bollo, che viene sanzionata esclusivamente quando seguita dall'uso degli stessi¹¹⁸.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà di usare il valore di bollo con la consapevolezza della sua falsità.

Con riferimento alla fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 464 in esame, è richiesta la buona fede dell'agente al momento della ricezione del valore falsificato, essendo richiesta la consapevolezza della falsità nel solo momento dell'uso.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

¹¹⁸ Cass. Sez. II, 14-10-1998 - 29-10-1998, n. 11379.

Art. 473 Contraffazione, alterazione o uso di marchio segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni
Chiunque, potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale, contraffà o altera marchi o segni distintivi, nazionali o esteri, di prodotti industriali, ovvero chiunque, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali marchi o segni contraffatti o alterati, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.500 a euro 25.000.
Soggiace alla pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 3.500 a euro 35.000 chiunque contraffà o altera brevetti, disegni o modelli industriali, nazionali o esteri, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali brevetti, disegni o modelli contraffatti o alterati.
I delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili a condizione che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 129.114,2 a euro 774.685,35;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque (è escluso il reato di cui all'art. 473 c.p. nel caso di concorso nella contraffazione e alterazione da parte di chi abbia usato contrassegni contraffatti o alterati).

Fattispecie oggettiva del reato: è un delitto di natura plurioffensiva essendo posto a tutela della pubblica fede riposta dal pubblico dei consumatori nella genuinità dei segni distintivi delle opere dell'ingegno o dei prodotti industriali, nonché a protezione del diritto all'esclusiva del legittimo titolare e a tutela della correttezza del mercato¹¹⁹.

Si tratta di un reato di pericolo, per il perfezionamento del quale è sufficiente il mero pericolo che dall'alterazione o contraffazione possa derivare alla pubblica fede. Essendo la portata della norma espressamente estesa anche alla pubblica fede internazionale, si intendono tutelati anche marchi, segni, brevetti, disegni e modelli esteri.

Per "marchi e segni distintivi" si intendono segni emblematici o nominativi utilizzati dall'imprenditore per contraddistinguere un prodotto o una merce, indicandone la provenienza aziendale.

Sono tutelati solo i marchi registrati. I contrassegni esteri devono essere riconosciuti dall'ordinamento italiano attraverso la registrazione presso l'ufficio internazionale per la proprietà industriale che comporta l'equiparazione a quelli registrati direttamente Italia¹²⁰.

Ai sensi dell'art. 23 del D.Lgs. 30/2005 non costituisce reato l'uso del marchio della società capogruppo da parte delle società controllate nonché l'uso da parte del cessionario o sulla base di un contratto di licenza e

¹¹⁹ Cass. Sez. V, 19-09-2005 - 22-11-2005, n. 41756.

¹²⁰ Cass. Sez. V, 08-05-1995 - 06-07-1995, n. 7467.

sempre che non derivi inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico.

Non sono tutelati da tale norma i nomi dei prodotti industriali (firme, ditte, insegne, etc) a meno che non siano registrati ed usati come marchi o segni distintivi (ad esempio i nomi di fantasia).

Con il riferimento ai "brevetti" la norma intende tutelare l'invenzione brevettata, ossia il contenuto sostanziale del diritto brevettato.

Per "disegni industriali" si intendono i lavori figurativi di un'opera di una qualsiasi industria; mentre con "modelli industriali" si indicano gli archetipi di una scoperta o di una nuova applicazione industriale e comprendono i modelli ornamentali (purché brevettati) e i modelli di utilità. La presentazione della domanda di brevetto (conoscibile dal pubblico) rende individuabile l'oggetto materiale della tutela penale poiché da tale momento diventa possibile l'illecita riproduzione del modello.

Con riferimento ai marchi, segni distintivi delle opere dell'ingegno, prodotti industriali, brevetti, disegni e modelli industriali, come sopra definiti:

- la "contraffazione" consiste nell'abusiva riproduzione della rappresentazione grafica o altrimenti espressiva dei contrassegni citati, così da creare confusione nel pubblico dei consumatori sull'autentica provenienza del prodotto. Deve trattarsi della riproduzione degli elementi essenziali del contrassegno genuino, la cui confondibilità deve essere valutata tenendo conto dell'impressione d'insieme e della specifica categoria di consumatori cui il prodotto è destinato¹²¹;
- l'"alterazione" si realizza attraverso la falsificazione parziale della rappresentazione grafica o altrimenti espressiva dei contrassegni citati, mediante l'eliminazione o l'aggiunta di elementi costitutivi marginali;
- l'uso di tali contrassegni deve essere fatto da persona che non concorra nella contraffazione o alterazione (altrimenti l'uso resterebbe assorbito nel reato di contraffazione o alterazione) e deve essere un uso di natura commerciale o industriale (non meramente personale) diverso da quello sanzionato all'art. 474 c.p. (vedi *infra*).

Il tentativo si configura solo con riferimento alle condotte di contraffazione e alterazione poiché il primo atto di utilizzo dei contrassegni contraffatti o alterati già integra la fattispecie consumata.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà della contraffazione o alterazione, nonché nella consapevolezza che il marchio o segno distintivo sia stato depositato, registrato o brevettato nelle forme di legge.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

¹²¹ Cass. Sez. V, 27-10-2004 - 02-12-2004, n. 46833.

Art. 474 Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi

Fuori dei casi di concorso nei reati previsti dall'articolo 473, chiunque introduce nel territorio dello Stato, al fine di trarne profitto, prodotti industriali con marchi o altri segni distintivi, nazionali o esteri, contraffatti o alterati è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 3.500 a euro 35.000.

Fuori dei casi di concorso nella contraffazione, alterazione, introduzione nel territorio dello Stato, chiunque detiene per la vendita, pone in vendita o mette altrimenti in circolazione, al fine di trarne profitto, i prodotti di cui al primo comma è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 20.000.

I delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili a condizione che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 100 a 500 quote cioè nel minimo da euro 25.822,84 a euro 154.937,07 e nel massimo da euro 129.114,2 a euro 774.685,35;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, eccetto chi abbia concorso nella contraffazione o alterazione dei contrassegni o ne abbia fatto un uso diverso da quello contemplato all'art. 474 in esame che si applica nelle ipotesi che prescindono dalla produzione di un documento.

Fattispecie oggettiva del reato: ricorre il reato di cui all'art. 474 c.p. quando i prodotti industriali o le opere dell'ingegno detenuti per la vendita, posti in vendita o messi altrimenti in circolazione, hanno marchi o segni distintivi contraffatti o alterati.

Non rientrano nell'ambito applicativo della norma i brevetti, i disegni o i modelli industriali contraffatti o alterati; né i beni che costituiscono una mera imitazione figurativa di prodotti industriali, senza alcun marchio o segno distintivo della merce abusivamente riprodotto o falsificato¹²².

L'articolo in esame tutela non la libera determinazione dell'acquirente ma la pubblica fede, intesa come affidamento dei cittadini nella genuinità dei marchi o dei segni distintivi che individuano i prodotti industriali e ne garantiscono la circolazione. Si tratta pertanto di un reato di pericolo, per la cui configurazione non occorre la realizzazione dell'inganno¹²³.

Parte della giurisprudenza ha affermato che l'eventuale grossolanità dei marchi contraffatti, tale da renderli inadatti a trarre in inganno una persona di media esperienza e diligenza circa la provenienza degli oggetti in commercio, non determina l'impossibilità di configurare il reato di cui all'art. 474 poiché il reato tutela l'interesse non solo dello specifico compratore occasionale ma della generalità dei possibili destinatari dei prodotti, oltre che delle imprese titolari dei marchi e segni contraffatti a mantenere la funzione distintiva e la garanzia di provenienza dei beni in commercio¹²⁴. Tuttavia, altra parte della giurisprudenza ritiene che nel

¹²² Cass. Sez. III, 19-05-2006 - 07-08-2006, n. 28159.

¹²³ Cass. Sez. V, 05-07-2006 - 21-09-2006, n. 31451.

¹²⁴ Cass. Sez. II, 11-10-2005 - 05-12-2005, n. 44297.

reato di cui all'art. 474, ricorra la causa di non punibilità di cui all'art. 49 c.p. in caso di grossolanità riconoscibile *ictu oculi* ossia quando il bene, per requisiti materiali intrinseci, sia tale da escludere l'efficienza causale originaria alla produzione dell'evento nei confronti non solo dello specifico acquirente ma dell'intera collettività, in base a criteri di valutazione ex ante, riferibili a qualsiasi persona fornita di comune discernimento e avvedutezza¹²⁵.

Si ha contraffazione in caso di riproduzione integrale di un marchio, mentre si realizza alterazione quando v'è imitazione fraudolenta o falsificazione parziale, ma tale da creare confusione con il segno distintivo originario. Per individuare tali situazioni occorre un raffronto tra i segni in sé considerati, poiché ciò che incide nell'ambito del reato in esame è la possibilità di confusione tra marchi e non tra prodotti¹²⁶.

Per "introduzione nel territorio dello Stato" è sufficiente il passaggio di frontiera ma è necessario provare lo scopo del commercio.

Perché ci sia "detenzione per la vendita" non è necessaria la presenza di concrete trattative di vendita, essendo sufficiente che, dalle circostanze di fatto, si possa desumere che gli oggetti erano posseduti per la vendita. Ai sensi dell'art. 6 c.p. ("Reati commessi nel territorio dello Stato") è punibile anche la detenzione in Italia di merci destinate alla vendita nei mercati esteri.

Perché sussista la messa in vendita di prodotti con segni falsi non è necessaria la vendita effettiva, essendo ad esempio sufficiente la giacenza della merce nei luoghi destinati al commercio. Inoltre, nel caso di immissione in circolazione di prodotti contrassegnati non rileva se il singolo acquirente sia stato effettivamente ingannato o se fosse addirittura consapevole della falsità, ma solo se il marchio contraffatto sia idoneo a fare falsamente apparire quel prodotto come proveniente da un determinato produttore¹²⁷.

La "messa altrimenti in circolazione di prodotti con segni falsi" consiste nel far uscire le cose dalla sfera di custodia del detentore, in forme diverse dall'offerta in vendita.

Il tentativo è configurabile limitatamente alla condotta di importazione, perché negli altri casi la mera detenzione consuma il reato.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella coscienza e volontà di detenere le cose contraffatte destinate alla vendita e la consapevolezza della contraffazione del marchio altrui. È richiesto il **dolo specifico** della destinazione alla commercializzazione nelle ipotesi di introduzione nel territorio dello Stato e detenzione.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia ai rischi e alle procedure individuate in relazione all'art. 453 c.p.

¹²⁵ Cass. Sez. II, 15-11-2005 - 15-12-2005, n. 45545.

¹²⁶ Cass. Sez. V, 14-02-2008 - 13-03-2008, n. 11240.

¹²⁷ Cass. Sez. V, 21-09-2006 - 05-10-2006, n. 33543.

ART. 25-BIS.1 DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Delitti contro l'industria e il commercio¹²⁸

1. In relazione alla commissione dei delitti contro l'industria e il commercio previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per i delitti di cui agli articoli 513, 515, 516, 517, 517-ter e 517-quater la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;

b) per i delitti di cui agli articoli 513-bis e 514 la sanzione pecuniaria fino a ottocento quote.

2. Nel caso di condanna per i delitti di cui alla lettera b) del comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25-bis.1.del D.Lgs n. 231/01 sono i seguenti:

art. 513

art. 513-bis

art. 514

art. 515

art. 516

art. 517

art. 517-ter

art. 517-quater

¹²⁸ Articolo introdotto dalla Legge 23 luglio 2009, n. 99.

REATI PRESUPPOSTO

Art. 513 Turbata libertà dell'industria o del commercio

Chiunque adopera violenza sulle cose ovvero mezzi fraudolenti per impedire o turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio è punito, a querela della persona offesa, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè nel massimo da euro 129,114 fino a euro 774,685;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque anche se la norma sembra essere specificamente diretta all' esercente un'impresa industriale o commerciale. Il reato in oggetto è inoltre configurabile anche in capo all'amministratore di una società per la turbativa esercitata in danno della stessa.

Fattispecie oggettive della condotta: le condotte alternative di reato si articolano:

- (i) nell'esercizio di violenza sulle cose; o
- (ii) nell'utilizzo di mezzi fraudolenti.

Entrambe le condotte devono essere volte a turbare l'esercizio di un'industria o di un commercio. Ai fini della punibilità non è tuttavia richiesta la verifica della turbativa purché i mezzi fraudolenti e la violenza sulle cose siano idonei a realizzarla¹²⁹.

Nella condotta di cui al punto i) rientrano tutti quegli atti materiali aventi ad oggetto "le cose" che ne determinino la trasformazione o il mutamento di destinazione.

In relazione ai mezzi fraudolenti invece, occorre che essi siano caratterizzati da un'autonoma capacità decettiva ovvero sia devono configurarsi come di per sé idonei a generare una situazione di inganno.

Elemento soggettivo: dolo specifico, consistente nello scopo di causare l'impedimento o il turbamento dell'esercizio di un'industria o di un commercio¹³⁰.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Le condotte illecite possono radicare la responsabilità dell'ente qualora siano poste in essere a vantaggio e/o nell'interesse, seppur non esclusivi, dell'ente stesso.

Posto che il reato in commento non è direttamente riconducibile alla prestazione di specifici servizi di investimento, il rischio di verifica si configura come trasversale rispetto alle attività poste in essere dall'intermediario.

A fini di prevenzione, si consiglia di richiamare l'attenzione sul rispetto delle generiche norme di correttezza e professionalità nella gestione degli affari attraverso l'introduzione, laddove non già presenti, di un codice

¹²⁹ Si tratta infatti di un reato di pericolo.

¹³⁰ L'uso di mezzi fraudolenti per produrre un utile economico per l'agente configurano invece il reato di concorrenza sleale.

etico e di specifiche procedure che regolino i possibili comportamenti anticoncorrenziali e, in generale, i rapporti con i *competitor*.

Art. 513-bis Illecita concorrenza con minaccia o violenza

Chiunque nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, compie atti di concorrenza con violenza o minaccia è punito con la reclusione da due a sei anni.

La pena è aumentata se gli atti di concorrenza riguardano un'attività finanziaria in tutto o in parte ed in qualsiasi modo dallo Stato o da altri enti pubblici.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 800 quote, cioè nel massimo da euro 206,582 fino a euro 1,239,496;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione per l'illecito, divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque anche se la norma sembra essere indirizzata ai soli imprenditori nell'ambito di un conflitto almeno potenziale con altri imprenditori. Il soggetto attivo deve infatti esercitare un'attività commerciale, industriale o produttiva¹³¹.

Il soggetto passivo della condotta violenta o minacciosa può essere sia l'imprenditore concorrente sia un soggetto terzo a quest'ultimo legato da rapporti economici e/o professionali¹³².

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta di reato si sostanzia nel compiere atti di concorrenza attraverso l'uso di violenza e/o minacce finalizzati a distorcere il normale quadro competitivo. Ai fini della configurabilità del reato tuttavia non occorre che la condotta produca un'effettiva distorsione della concorrenza essendo sufficiente la sola potenzialità in tal senso della violenza o minaccia.

Il comma due prevede un aggravamento della pena nel caso in cui gli atti di concorrenza illeciti siano volti a danneggiare un'attività che fruisce di finanziamenti pubblici tra cui rientrano anche le sovvenzioni (purché dirette) provenienti da qualunque ente pubblico.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si concreta nello scopo di escludere o scoraggiare la concorrenza attraverso il comportamento violento o minaccioso posto in essere.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure già evidenziati in sede di commento dell'art. 513 c.p.

¹³¹ Tale requisito deve essere inteso in senso sostanziale essendo sufficiente lo svolgimento di fatto dell'attività imprenditoriale.

¹³² Possono configurarsi come soggetti passivi anche i clienti o i collaboratori dell'imprenditore.

Art. 514 Frodi contro le industrie nazionali

Chiunque, ponendo in vendita o mettendo altrimenti in circolazione, sui mercati nazionali o esteri, prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi contraffatti o alterati, cagiona un nocimento all'industria nazionale è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a euro 516.

Se per i marchi o segni distintivi sono state osservate le norme delle leggi interne o delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà industriale, la pena è aumentata e non si applicano le disposizioni degli articoli 473 e 474.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 800 quote, cioè nel massimo da euro 206,582 fino a euro 1,239,496;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione per l'illecito, divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque anche se il principale destinatario sembra essere l'operatore del settore dell'economia interessato.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si articolano nella:

- (i) vendita di prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi contraffatti¹³³ o alterati¹³⁴ sui mercati nazionali o esteri; o
- (ii) messa in circolazione di prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi contraffatti o alterati sui mercati nazionali o esteri.

Entrambe le condotte devono essere finalizzate a causare un danno all'industria nazionale.

Mentre la condotta può essere realizzata sia sul mercato estero che su quello italiano, il danno deve necessariamente prodursi in Italia. Tale danno può configurarsi come una diminuzione del volume complessivo degli affari o come l'offuscamento dell'immagine dell'industria in relazione alla sua capacità produttiva o alla correttezza negli scambi. Occorre tuttavia che il pregiudizio coinvolga un settore dell'industria rilevante, dovendosi escludere la rilevanza penale del danno cagionato ad una sola impresa.

Il secondo comma introduce un'aggravante per i casi in cui i marchi o i segni di riconoscimenti contraffatti o alterati siano registrati. In mancanza di tale registrazione si applicherà invece la pena, più lieve, di cui al comma 1.

Elemento soggettivo: dolo specifico consistente nella volontà di porre in essere le condotte delittuose in commento al fine di causare un danno all'industria nazionale.

¹³³ Per contraffazione si deve intendere quell'attività volta a far assumere a un prodotto i connotati distintivi di un prodotto genuino, con conseguente confusione dei consumatori.

¹³⁴ Per alterazione si deve intendere la modificazione capziosa delle caratteristiche di forma o di sostanza del prodotto con conseguente confusione dei consumatori.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento (prodotti industriali), il reato non ha particolare rilevanza per l'attività degli intermediari finanziari.

Art. 515 Frode nell'esercizio del commercio

Chiunque, nell'esercizio di un'attività commerciale, ovvero in uno spaccio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra, ovvero una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 2.065.

Se si tratta di oggetti preziosi, la pena è della reclusione fino a tre anni o della multa non inferiore a euro 103.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè nel massimo da euro 129,114 fino a euro 774,685;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, purché nell'esercizio di un'attività commerciale¹³⁵.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta illecita si realizza qualora il soggetto attivo, nell'esercizio di un'attività commerciale, consegna all'acquirente:

- (i) una cosa mobile per un'altra, ovvero
- (ii) una cosa mobile, per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita.

La consegna consiste nella dazione materiale di una cosa mobile o di un documento equipollente; non è necessario che essa derivi da un contratto di compravendita, potendo invece ricondursi ad una permuta, ad un contratto di estimatorio o ad una somministrazione.

L'oggetto materiale della condotta è costituito da tutti i beni mobili ad esclusione del denaro e delle prestazioni personali.

La condotta *sub ii*) si realizza qualora la cosa consegnata sia essenzialmente diversa, per genere o specie, da quella pattuita o dichiarata. La diversità può risiedere: a) nell'origine (intesa come il luogo di produzione del bene qualora da tale connotazione esso riceva un particolare pregio o qualità¹³⁶); b) nella provenienza (riguarda il fatto che il bene sia stato prodotto da una determinata impresa); c) nella qualità (valore, pregio o utilizzabilità della cosa); d) nella quantità (numero, peso o misura della merce).

Ai fini della punibilità della condotta in commento non è richiesta alcuna frode da parte del venditore essendo sufficiente la diversità della cosa consegnata rispetto a quella posta in vendita o pattuita. Sono parimenti irrilevanti la riconoscibilità della diversità della merce consegnata da parte di un soggetto di media diligenza e il consenso e/o l'accettazione della merce.

Il comma 2 prevede infine un'aggravante nel caso in cui i beni consegnati siano oggetti preziosi ovvero sia quei beni il cui valore venale sia particolarmente rilevante in ragione della rarità o pregevolezza dal punto di vista artistico, storico o culturale.

¹³⁵ L'esercizio dell'attività commerciale non va inteso in senso tecnico, essendo sufficiente una qualsiasi attività finalizzata allo scambio dei beni. Si ritiene che sia rilevante anche l'atto di commercio isolato ed occasionale purché posto in essere in un luogo destinato agli scambi (Cass. VI, 15-4-86). E' possibile inoltre individuare una responsabilità concorrente anche in capo ai familiari, ai collaboratori del commerciante, agli amministratori e rappresentanti nelle aziende di grandi dimensioni, ai dipendenti e al socio. In questi casi non viene comunque meno la responsabilità del titolare.

¹³⁶ Non occorre la sussistenza di un particolare marchio D.O.C.

Elemento soggettivo: dolo generico in quanto il reato sussiste anche se l'agente non si proponga come scopo l'inganno o il danno dell'acquirente.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento (cose mobili), il reato non ha rilevanza per l'attività degli intermediari finanziari.

Art. 516 Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine

Chiunque pone in vendita o mette altrimenti in commercio come genuine sostanze alimentari non genuine è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 1.032.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè nel massimo da euro 129,114 fino a euro 774,685;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, purché nell'esercizio di un'attività commerciale¹³⁷.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta illecita si sostanzia nel:

- (i) porre in vendita sostanze alimentari non genuine spacciandole per tali; o
- (ii) mettere in commercio sostanze alimentari non genuine spacciandole per tali.

Ai fini della punibilità non è necessaria la vendita, essendo sufficiente che le merci siano solo poste in vendita o messe in commercio; a rilevare è quindi anche la semplice detenzione della merce in magazzino.

L'oggetto materiale della condotta è costituito da sostanze alimentari (cibo o bevande) non genuine che abbiano cioè subito un'alterazione nella composizione e/o nell'equilibrio degli ingredienti¹³⁸. L'alterazione può dipendere sia da un'azione umana sia da processi fisico chimici del tutto naturali.

Elemento soggettivo: dolo generico ovvero sia la consapevolezza nel venditore della non genuinità della sostanza che deve sussistere nel momento in cui il bene è messo in commercio.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento (sostanze alimentari), il reato non ha rilevanza per l'attività degli intermediari finanziari.

¹³⁷ Si veda la nota 109.

¹³⁸ Si parla di non genuinità naturale riguardo a prodotti che abbiano subito un'artificiosa alterazione mediante commistione di sostanze estranee o sottrazione di principi nutritivi caratteristici. In merito invece alla non genuinità formale essa si realizza qualora i prodotti contengano sostanze diverse da quelle prescritte dalla legge o in misura non consentita.

Art. 517 Vendita di prodotti industriali con segni mendaci

Chiunque pone in vendita o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto, è punito, se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a ventimila euro.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè nel massimo da euro 129,114 fino a euro 774,685;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: in contrasto con il tenore letterale della norma, i soggetti attivi possono essere l'imprenditore esercente attività commerciale e i suoi collaboratori, sia a titolo di concorso sia a titolo autonomo, qualora agiscano di loro esclusiva iniziativa. Si tratta pertanto di reato proprio.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si articolano nel:

- (i) vendere; o
- (ii) mettere in circolazione

opere dell'ingegno o prodotti industriali con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto.

Entrambe le condotte devono essere potenzialmente idonee ad ingannare il consumatore medio; non è pertanto richiesta la verifica di un danno effettivo. Inoltre, il delitto non si consuma esclusivamente con la *traditio* della cosa dal venditore all'acquirente ma anche con la sola messa a disposizione della merce ai potenziali clienti.

In relazione alla condotta *sub ii*), vi ricadono tutte quelle condotte idonee ad operare la cessione a terzi di opere dell'ingegno e/o prodotti industriali con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri. Non rileva la mera detenzione ma è necessaria l'effettiva disponibilità per i consumatori; a tal fine, è sufficiente l'uscita del prodotto dai depositi o dai magazzini¹³⁹.

L'oggetto materiale delle condotte *sub i*) e *ii*) è costituito da: a) opere dell'ingegno e b) prodotti industriali (inclusi quelli di provenienza artigianale), contrassegnati con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri anche non registrati.

Le condotte illecite in commento si realizzano qualora la vendita e la messa in circolazione di prodotti e/o opere dell'ingegno siano volte ad indurre in inganno il compratore sull'origine (intesa come il luogo di provenienza geografica del prodotto a cui il compratore associ particolari qualità o pregi); sulla provenienza (riguarda il fatto che il bene e/o opera dell'ingegno sia stato prodotto da una determinata impresa); sulla qualità (intesa come composizione della merce e/o opera dell'ingegno).

Elemento soggettivo: dolo generico che si concreta nel vendere e/o mettere in circolazione prodotti con segni mendaci.

¹³⁹ E' pertanto sufficiente che il prodotto esca dalla sfera giuridica del fabbricante/detentore per un qualsiasi scopo che non escluda la possibilità di circolazione.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Ai fini dell'analisi della rischiosità occorre precisare che, in relazione all'attività degli intermediari finanziari, rilevano esclusivamente le attività di vendita e/o messa in circolazione di opere dell'ingegno, quali ad esempio le ricerche in materia di investimenti, i dati forniti nell'ambito di un servizio di *data vendor*, il materiale riconducibile all'*investor education*, con segni distintivi, nomi o marchi che possono indurre in errore i destinatari.

Il rischio di verifica del reato in commento si riscontra pertanto nell'ambito di quelle funzioni che, in virtù dei compiti assegnati, possono partecipare all'elaborazione di "opere dell'ingegno" (e.g. ricerche in materia di investimenti) destinate ad essere diffuse al pubblico/clienti ovvero che partecipano alla diffusione delle medesime. Si rinvia inoltre alle disposizioni normative relative alla pubblicazione delle ricerche in materia di investimenti prodotte da terzi di cui al Regolamento Emittenti (11971)¹⁴⁰.

Si consiglia pertanto di adottare specifici protocolli, anche informatici, volti a tracciare la provenienza e la corretta diffusione di qualunque opera dell'ingegno, di produzione propria o proveniente da terzi in forza di accordi di distribuzione, che l'intermediario mette a disposizione dei clienti, anche in assenza di compenso.

¹⁴⁰ Si veda l'art. 69-sexies.

517-ter. Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale.

Salva l'applicazione degli articoli 473 e 474 chiunque, potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale, fabbrica o adopera industrialmente oggetti o altri beni realizzati usurpando un titolo di proprietà industriale o in violazione dello stesso è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 20.000.

Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita, pone in vendita con offerta diretta ai consumatori o mette comunque in circolazione i beni di cui al primo comma.

Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 474-bis, 474-ter, secondo comma, e 517-bis, secondo comma.

I delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili sempre che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè nel massimo da euro 129,114 fino a euro 774,685;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, non essendo necessario che il soggetto attivo rivesta alcuna particolare qualifica.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si articolano si articolano:

- (i) nel fabbricare o adoperare industrialmente (comma 1); e/o
- (ii) nell'introdurre nel territorio dello Stato, nel detenere per la vendita, nel porre in vendita con offerta diretta ai consumatori o nel mettere comunque in circolazione (comma 2)

oggetti o altri beni realizzati usurpando un titolo di proprietà industriale o in violazione dello stesso.

Si ha usurpazione del titolo di proprietà industriale quando il soggetto agente non è titolare di alcun diritto sulla cosa e la realizza ugualmente, mentre si ha violazione quando non sono rispettate le norme relative ai diritti di proprietà industriale derivanti, ad esempio, da brevettazione e registrazione di marchi, altri segni distintivi, disegni, modelli ecc.

La configurabilità del reato in commento è esclusa qualora ricorrano i presupposti per l'applicabilità degli articoli 473 ("Contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali") e 474 ("Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi") c.p.

Inoltre la punibilità delle condotte illecite *sub* (i) e (ii) è subordinata al rispetto delle norme di legge interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale o industriale.

Elemento soggettivo: per il primo comma è richiesto il solo **dolo generico**, mentre per il secondo comma è richiesto il **dolo specifico** in quanto l'agente deve aver tratto profitto dell'introduzione nello Stato o dalla messa in circolazione del bene.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento, il reato non ha rilevanza per l'attività degli intermediari finanziari.

Art. 517-quater Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari

Chiunque contraffà o comunque altera indicazioni geografiche o denominazioni di origine di prodotti agroalimentari è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a euro 20.000.

Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita, pone in vendita con offerta diretta ai consumatori o mette comunque in circolazione i medesimi prodotti con le indicazioni o denominazioni contraffatte.

Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 474-bis, 474-ter, secondo comma, e 517-bis, secondo comma.

I delitti previsti dai commi primo e secondo sono punibili a condizione che siano state osservate le norme delle leggi interne, dei regolamenti comunitari e delle convenzioni internazionali in materia di tutela delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè nel massimo da euro 129,114 fino a euro 774,685;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si articolano nel:

- (i) contraffare o alterare indicazioni geografiche o denominazioni di origine di prodotti agroalimentari (comma 1);
- (ii) introduzione nel territorio dello Stato, detenzione per la vendita, messa in vendita con offerta diretta ai consumatori o messa comunque in circolazione di prodotti agroalimentari (comma 2).

Inoltre, la norma in commento, rinviando esplicitamente ad altre disposizioni penali, stabilisce:

- a) l'applicabilità dell'aggravante relativa alla commissione del reato in modo sistematico o attraverso l'allestimento di mezzi e attività organizzate (art. 474-ter, comma 2); e
- b) l'attenuante relativa alla collaborazione con l'autorità di polizia e/o giudiziaria (art. 517-quinquies); e
- c) l'applicabilità della confisca obbligatoria e per equivalente (art. 474-bis); e
- d) l'applicabilità, nei casi di rilevante gravità o di recidiva specifica, della temporanea chiusura dello stabilimento o dell'esercizio in cui il fatto è stato commesso ovvero la revoca della licenza.

Elemento soggettivo: per il primo comma è sufficiente il solo **dolo generico**, mentre per il secondo è necessaria la sussistenza del **dolo specifico** essendo richiesto che il soggetto agente abbia agito al fine di trarre profitto dall'introduzione nello Stato o dalla messa in circolazione del bene.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento (sostanze agroalimentari), il reato non ha rilevanza per l'attività degli intermediari finanziari.

Reati societari

1. In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, si applicano le seguenti sanzioni pecuniarie:

- a) per la contravvenzione di false comunicazioni sociali, prevista dall'articolo 2621 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecento quote;*
- b) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da trecento a seicentosessanta quote;*
- c) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, terzo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote;*
- d) per la contravvenzione di falso in prospetto, prevista dall'articolo 2623, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a duecentosessanta quote;*
- e) per il delitto di falso in prospetto, previsto dall'articolo 2623, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicentosessanta quote;*
- f) per la contravvenzione di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, prevista dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a duecentosessanta quote;*
- g) per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, previsto dall'articolo 2624, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote;*
- h) per il delitto di impedito controllo, previsto dall'articolo 2625, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentosessanta quote;*
- i) per il delitto di formazione fittizia del capitale, previsto dall'articolo 2632 del codice civile, la sanzione pecuniaria duecento a trecentosessanta quote;*
- l) per il delitto di indebita restituzione dei conferimenti, previsto dall'articolo 2626 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentosessanta quote;*
- m) per la contravvenzione di illegale ripartizione degli utili e delle riserve, prevista dall'articolo 2627 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a duecentosessanta quote;*
- n) per il delitto di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, previsto dall'articolo 2628 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentosessanta quote;*
- o) per il delitto di operazioni in pregiudizio dei creditori, previsto dall'articolo 2629 del codice civile, la sanzione pecuniaria da trecento a seicentosessanta quote;*
- p) per il delitto di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, previsto dall'articolo 2633 del codice civile, la sanzione pecuniaria da trecento a seicentosessanta quote;*
- q) per il delitto di illecita influenza sull'assemblea, previsto dall'articolo 2636 del codice civile, la sanzione pecuniaria da trecento a seicentosessanta quote;*
- r) per il delitto di aggrottaggio, previsto dall'articolo 2637 del codice civile e per il delitto di omessa comunicazione del conflitto d'interessi previsto dall'articolo 2629-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote;*
- s) per i delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, previsti dall'articolo 2638, primo e secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote.*

3. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo.

Gli articoli del codice civile richiamati dall'articolo 25-ter del D.lgs. sono i seguenti:

2621

2622

[2623] abrogato

[2624] abrogato

2625

2626

2627

2628

2629

2629-bis

2632

2633

2636

2637

2638

REATI PRESUPPOSTO

Art. 2621 False comunicazioni sociali

Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino a due anni.

La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti od amministrati dalla società per conto di terzi.

La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%.

In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10% da quella corretta.

Nei casi preveduti dai commi terzo e quarto ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 300 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 77.468 a euro 464.811;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLE FATTISPECIE

Soggetto attivo: si tratta di reato proprio in quanto i soggetti attivi della condotta illecita possono essere esclusivamente:

- (i) gli amministratori¹⁴¹, coloro che svolgono funzioni di amministrazione nelle banche (art. 135 D.Lgs. 385/1993) e i soggetti che hanno la direzione dei consorzi (art. 2615-*bis*);
- (ii) i direttori generali¹⁴²;
- (iii) i sindaci¹⁴³;
- (iv) i liquidatori;

¹⁴¹ Per amministratori si devono intendere coloro che fanno parte dell'organo della società che svolge attività di gestione e di rappresentanza.

¹⁴² Devono intendersi coloro che svolgono attività di alta gestione della società e coadiuvano gli amministratori, trovandosi però, rispetto a questi ultimi, in una posizione di subordinazione come stabilito dall'art. 2396 c.c.

¹⁴³ Per quanto concerne la categoria dei sindaci, si deve continuare ad escludere che possa comprendere i revisori nonostante siano loro oggi riservati alcuni poteri che in passato erano appannaggio esclusivo dei sindaci.

- (v) i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari (limitatamente alle sole società che siano obbligate per legge alla tenuta di documentazione contabile)¹⁴⁴.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato sono le seguenti:

- (i) esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni; o
(ii) omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta per legge

in merito alla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene.

La condotta decettiva di cui al punto i) si sostanzia nell'attestare falsamente la veridicità delle voci contenute nel bilancio o in altri documenti contabili, ovvero sia che queste ultime corrispondono alla reale situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società. La mancata corrispondenza è il risultato di una scelta non consentita dalla legge in merito ai criteri da seguire nella valutazione delle poste di bilancio relative alla condizione economica della società.

Posto il dato letterale, che effettua un esplicito riferimento a "*fatti materiali*" ancorché oggetto di valutazione, si ritiene che siano prive di rilevanza le mere valutazioni/opinioni eventualmente contenute in altri documenti contabili.

¹⁴⁴ Tale ultima categoria di soggetti, aggiunta dalla L. 262/2005 sulla base della medesima scelta legislativa effettuata anche nel *Sarbanes Oxley Act* del 2002, è definita, per le società quotate, dall'art. 154-bis del TUF "*Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*" ai sensi del quale:

"1. Lo statuto degli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine prevede i requisiti di professionalità e le modalità di nomina di un dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, previo parere obbligatorio dell'organo di controllo.

2. Gli atti e le comunicazioni della società diffusi al mercato, e relativi all'informativa contabile anche infrannuale della stessa società, sono accompagnati da una dichiarazione scritta del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, che ne attestano la corrispondenza alle risultanze documentali, ai libri e alle scritture contabili.

3. Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio di esercizio e, ove previsto, del bilancio consolidato nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario.

4. Il consiglio di amministrazione vigila affinché il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari disponga di adeguati poteri e mezzi per l'esercizio dei compiti a lui attribuiti ai sensi del presente articolo, nonché sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili.

5. Gli organi amministrativi delegati e il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari attestano con apposita relazione sul bilancio di esercizio, sul bilancio semestrale abbreviato e, ove redatto, sul bilancio consolidato:

a) l'adeguatezza e l'effettiva applicazione delle procedure di cui al comma 3 nel corso del periodo cui si riferiscono i documenti;

b) che i documenti sono redatti in conformità ai principi contabili internazionali applicabili riconosciuti nella Comunità europea ai sensi del regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002;

c) la corrispondenza dei documenti alle risultanze dei libri e delle scritture contabili;

d) l'idoneità dei documenti a fornire una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'emittente e dell'insieme delle imprese incluse nel consolidamento;

e) per il bilancio d'esercizio e per quello consolidato, che la relazione sulla gestione comprende un'analisi attendibile dell'andamento e del risultato della gestione, nonché della situazione dell'emittente e dell'insieme delle imprese incluse nel consolidamento, unitamente alla descrizione dei principali rischi e incertezze cui sono esposti;

f) per il bilancio semestrale abbreviato, che la relazione intermedia sulla gestione contiene un'analisi attendibile delle informazioni di cui al comma 4 dell'articolo 154-ter.

5-bis. L'attestazione di cui al comma 5 è resa secondo il modello stabilito con regolamento dalla Consob.

6. Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, in relazione ai compiti loro spettanti, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società".

In mancanza di un espresso rinvio, l'obbligatorietà di tale figura pare essere imposta solo alle società quotate.

Inoltre, il riferimento alla generale situazione economica, patrimoniale e finanziaria induce a ritenere che non siano le singole operazioni a rilevare bensì il complesso della situazione economico-patrimoniale nella sua interezza.

In riferimento alla condotta *sub ii*), l'omissione deve avere ad oggetto informazioni che derivano da obblighi giuridici di comunicazione; la violazione di un simile obbligo è ravvisabile in tutti quei casi in cui l'omissione determini l'impossibilità, per i soci e/o per i terzi, di avere contezza degli accadimenti societari¹⁴⁵. Posto che la radicale assenza di comunicazione è autonomamente sanzionata come illecito amministrativo ai sensi dell'art. 2630 c.c.¹⁴⁶, si ritiene che l'omissione rilevante ai sensi dell'art. 2621 c.c. non possa essere totale ma piuttosto parziale, concretizzandosi in una sorta di reticenza realizzata con l'occultamento di informazioni rilevanti e finalizzata ad alterare il quadro complessivo della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società.

Le condotte in oggetto riguardano i **bilanci**, le **relazioni** e le **altre comunicazioni sociali** previste dalla legge e dirette ai soci o al pubblico: sono pertanto escluse dall'ambito di applicazione della norma quelle condotte illecite aventi ad oggetto le comunicazioni interorganiche ancorché quelle rivolte ad un unico destinatario.

In relazione ai bilanci, si ritiene che rilevino sia il **bilancio d'esercizio** sia **quello consolidato** in ragione dell'assimilazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della singola società a quella del gruppo di appartenenza. Pare potersi escludere la rilevanza dei bilanci prospettici che consistono in operazioni programmatiche future la cui realizzazione è solo potenziale.

Per quanto concerne le relazioni, esse possono costituire una sorta di **documento informativo riconducibile a particolari atti della vita societaria**; tra le relazioni idonee allo scopo si annoverano, a titolo di esempio, la relazione sulla gestione e quella che accompagna il bilancio straordinario.

L'ultima categoria¹⁴⁷, quella delle **comunicazioni sociali**, costituisce categoria residuale in cui è possibile collocare tutte le altre comunicazioni "tipiche" previste dalla legge.

Si precisa inoltre che il reato in commento si considera consumato anche qualora le informazioni abbiano ad oggetto beni di terzi posseduti o amministrati dalla società: si pensi, ad esempio, ai dati relativi ai depositi amministrati della clientela o alle gestioni di portafogli per conto terzi eventualmente inseriti nelle comunicazioni sociali.

La punibilità delle condotte sopra descritte è subordinata alla verifica dell'effettiva capacità ingannatoria delle stesse che deve essere tale da indurre in errore i destinatari per quanto concerne la situazione economica, patrimoniale e/o finanziaria della società.

Inoltre, i commi 3 e 4 introducono **soglie di rilevanza penale** al di sotto delle quali la punibilità delle condotte (*sub i*) e *ii*) è esclusa; tali soglie si configurano come:

- **qualitative**, ovvero è prevista l'esclusione della punibilità nel caso in cui la falsità o le omissioni non siano tali da alterare in modo sensibile¹⁴⁸ la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società; e/o
- **quantitative**, con l'indicazione di specifiche soglie percentuali di rilevanza che escludono la perseguibilità del falso che abbia determinato una variazione del risultato economico di esercizio al lordo delle imposte non superiore al 5% o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1%

¹⁴⁵ Appaiono penalmente rilevanti le omissioni che determinano l'impossibilità per l'Assemblea di deliberare con piena cognizione di causa.

¹⁴⁶ "Omessa esecuzione di denunce, comunicazioni o depositi".

¹⁴⁷ Nella categoria residuale delle "altre comunicazioni sociali" è possibile collocare anche i bilanci straordinari.

¹⁴⁸ Si ritiene che per alterazione sensibile si debba intendere un'alterazione rilevante per i destinatari.

ovvero qualora il fatto sia conseguenza di valutazioni estimative¹⁴⁹ che, singolarmente considerate, differiscano in misura non superiore al 10% da quella corretta¹⁵⁰.

Le soglie qualitative e quelle quantitative devono operare congiuntamente ritenendosi esclusa la punibilità di un'alterazione che superi le percentuali stabilite senza però determinare anche un'alterazione sensibile della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. Qualora tali soglie non vengano congiuntamente superate le condotte delittuose descritte potranno dare luogo all'insorgere di una ipotesi di illecito amministrativo (e non penale) punibile con sanzioni interdittive e pecuniarie, la cui quantificazione non è espressamente stabilita dalla norma¹⁵¹.

Elemento soggettivo: rispetto all'induzione in errore dei destinatari della comunicazione (i soci o il pubblico), si tratta di dolo intenzionale mentre, in relazione al conseguimento di un ingiusto profitto, per sé o per gli altri, si configura il **dolo specifico**.

¹⁴⁹ Tale variazione deve essere riferita alle singole valutazioni, escludendo che si possa effettuare una media fra stime distinte.

¹⁵⁰ Posta la non omogeneità dei parametri di riferimento, ai fini della perseguibilità sarà sufficiente che venga superata anche solo una soglia di rilevanza.

¹⁵¹ La L. 262/2005 ha introdotto una residuale ipotesi di illecito amministrativo, applicabile qualora non vengano superate le soglie di rilevanza penale in modo tale da coprire l'originaria area di impunità riservata ai "falsi sotto la soglia".

Art. 2622 False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori*

1. Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.
2. Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato, a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.
3. Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è procedibile d'ufficio.
4. La pena è da due a sei anni se, nelle ipotesi di cui al terzo comma, il fatto cagiona un grave nocumento ai risparmiatori.
5. Il nocumento si considera grave quando abbia riguardato un numero di risparmiatori superiore allo 0,1 per mille della popolazione risultante dall'ultimo censimento ISTAT ovvero se sia consistito nella distruzione o riduzione del valore di titoli di entità complessiva superiore allo 0,1 per mille del prodotto interno lordo.
6. La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.
7. La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento.
8. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.
9. Nei casi previsti dai commi settimo e ottavo, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

*Rilevano ai fini 231 esclusivamente i commi 1 e 3.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Per il **comma 1**

Sanzione pecuniaria: da 300 a 660 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 170.430 a euro 1.022.584;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per il **comma 3:**

Sanzione pecuniaria: da 400 a 800 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.496;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLE FATTISPECIE

Soggetto attivo: si tratta di reato proprio in quanto i soggetti attivi della condotta illecita possono essere esclusivamente:

- (i) gli amministratori¹⁵², coloro che svolgono funzioni di amministrazione nelle banche (art. 135 D.Lgs 385/1993) e i soggetti che hanno la direzione dei consorzi (art. 2615-*bis*);
- (ii) i direttori generali¹⁵³;
- (iii) i sindaci¹⁵⁴;
- (iv) i liquidatori;
- (v) i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari (limitatamente alle sole società che siano obbligate per legge alla tenuta di documentazione contabile)¹⁵⁵.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato sono le seguenti:

- (i) l'esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni; o
- (ii) l'omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta per legge

in merito alla situazione economica, patrimoniale, o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene cagionando un danno patrimoniale alla società¹⁵⁶, ai soci¹⁵⁷ o ai creditori¹⁵⁸.

L'oggetto materiale della condotta e le soglie di rilevanza sono le medesime già analizzate in sede di commento dell'art. 2621 c.c.; le due fattispecie sono infatti complementari.

Si precisa inoltre che il reato si considera consumato anche qualora le informazioni abbiano ad oggetto beni di terzi posseduti o amministrati dalla società: si pensi, ad esempio, ai dati relativi ai depositi amministrati della clientela o alle gestioni di portafogli per conto terzi eventualmente inseriti nelle comunicazioni sociali.

Ai sensi dei commi 1 e 3 dell'articolo in commento, gli illeciti possono essere perpetrati rispettivamente nell'ambito di società non quotate o, piuttosto, nell'ambito di società quotate, soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del TUF.

Qualora l'illecito sia commesso in tale ultimo ambito, è prevista un'aggravante specifica costituita dal grave nocumento ai risparmiatori¹⁵⁹. Il legislatore ha disposto infatti un inasprimento della pena per l'autore materiale del reato che non trova però un parallelo nell'impianto sanzionatorio di cui all'art. 25-*ter* del decreto, continuando ad applicarsi alla società, anche in tale ipotesi aggravata, la normale sanzione pecuniaria da 400 a 800 quote.

Elemento soggettivo: dolo generico con la precisazione che, rispetto all'induzione in errore dei destinatari della comunicazione (i soci o il pubblico) si tratta di dolo intenzionale mentre, in relazione al conseguimento di un ingiusto profitto, per sé o per gli altri si configura il dolo specifico.

¹⁵² Si veda la nota 141.

¹⁵³ Si veda la nota 142.

¹⁵⁴ Si veda la nota 143.

¹⁵⁵ Si veda la nota 144.

¹⁵⁶ Tale ipotesi non verrà analizzata in ragione del fatto che un danno alla società è in evidente contrasto con un interesse o un vantaggio della stessa, aspetto quest'ultimo che costituisce un presupposto indefettibile per attribuire la responsabilità ex D.Lgs. 231/01 all'ente.

¹⁵⁷ Il danno, per tale categoria di soggetti, consiste nella riduzione dell'attivo societario.

¹⁵⁸ Il danno sarà rilevante qualora le false informazioni diffuse abbiano indotto i creditori a non rafforzare le garanzie patrimoniali o a non sottrarre i beni dall'attivo.

¹⁵⁹ La disposizione tutela sia i risparmiatori già azionisti della società sia quelli che, affidandosi ai bilanci della società, decidano di investire nella stessa.

RISCHI CONNESSI

La scorretta rappresentazione delle poste di bilancio, effettuata attraverso l'esposizione di fatti non corrispondenti al vero e/o con la parziale omissione di informazioni potrebbe potenzialmente tradursi nella creazione di riserve occulte illiquide, alimentate dalla sottovalutazione poste attive o dalla sopravvalutazione di poste passive¹⁶⁰.

Posto che le attività rilevanti in tal senso sono connesse alla redazione del bilancio e alla stima delle poste contabili, è opportuno porre attenzione non solo al rispetto delle norme regolamentari previste in materia ma, più in generale, al rispetto del principio di correttezza nella redazione delle comunicazioni sociali.

Le funzioni aziendali maggiormente a rischio sono quelle dell'ambito **amministrativo/contabile** coinvolte nella predisposizione dei documenti contabili e delle relazioni societarie aventi ad oggetto la situazione economico/finanziaria della società.

ASPETTI PROCEDURALI

Si precisa che, con riferimento alla predisposizione di documenti contabili, gli intermediari mobiliari sono tenuti al rispetto di una normativa specifica che prevede la procedimentalizzazione dell'intera fase di formazione dei suddetti documenti; pertanto il relativo processo risulta ampiamente documentato e vigilato. Inoltre, sempre con riferimento alla specificità degli intermediari, si ricorda che il bilancio, proprio per le disposizioni normative di settore, non è solo uno strumento informativo relativo alla situazione patrimoniale ed economico-finanziaria della società ma è altresì l'aggregato principale oggetto della vigilanza prudenziale della Banca d'Italia.

In merito alla redazione dei documenti contabili, il D.lgs n. 87/92¹⁶¹ e il "Provvedimento in materia di bilanci degli intermediari non bancari, come modificato dal Regolamento del 16 dicembre 2009" forniscono una specifica disciplina tecnica relativa agli schemi e ai contenuti del bilancio delle imprese di investimento.

Alla luce di tali premesse si sottolinea la necessità di :

- rispettare il generale principio di *maker-checker* che prevede l'individuazione di due distinti soggetti incaricati della produzione/presentazione e della validazione dei documenti contabili e delle relazioni societarie;
- individuare un dirigente preposto al controllo/validazione dei documenti contabili (tale soggetto svolgerebbe un "ruolo di garanzia" ovvero sarebbe responsabile dell'intero processo di compilazione/presentazione del bilancio);
- introdurre una specifica procedura che identifichi i criteri e le metodologie da utilizzare in sede di valutazione delle poste estimative di bilancio;
- verificare che i documenti contabili e sociali resi pubblici siano sempre corretti e aggiornati;
- effettuare controlli *ex-post*, a campione, sul rispetto delle procedure previste per la redazione dei documenti contabili e delle relazioni societarie;
- somministrare specifici programmi di formazione focalizzati sia sulla normativa di riferimento sia sui principi contabili di redazione di bilanci/relazioni accompagnatorie e/o comunicazioni sociali a tutti quei soggetti a vario titolo coinvolti in tale processo;
- richiamare tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nel processo di redazione dei bilanci e delle comunicazioni sociali al rispetto dei principi e degli obblighi sanciti dalla normativa di vigilanza e dai

¹⁶⁰ Tali prassi potrebbero essere mirate a celare l'autofinanziamento della società.

¹⁶¹ Attuazione della direttiva n. 86/635/CEE, relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, e della direttiva n. 89/117/CEE, relativa agli obblighi in materia di pubblicità dei documenti contabili delle succursali, stabilite in uno Stato membro, di enti creditizi ed istituti finanziari con sede sociale fuori di tale Stato membro.

principi contabili, in modo da sensibilizzarli sul tema dei reati societari e della responsabilità dell'ente che può eventualmente derivarne.

Art. 2623 Falso in prospetto [Abrogato]

[Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento o dell'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo ad indurre in errore i suddetti destinatari è punito, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino ad un anno.

Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari del prospetto, la pena è della reclusione da uno a tre anni]

Art. 173-bis TUF Falso in prospetto

Chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti per l'offerta al pubblico di prodotti finanziari o l'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo a indurre in errore i suddetti destinatari, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

PREMESSA

Il D.Lgs. 231/01 richiama, come reato presupposto, l'art. 2623 (Falso in prospetto) che è tuttavia stato abrogato dalla L. 262/2005. In considerazione del fatto che il reato di falso in prospetto è attualmente previsto all'art. 173-bis del TUF, parte della dottrina ritiene che tra i due articoli (l'art. 2623 c.c. e l'art. 173-bis del TUF) possa individuarsi una continuità normativa che indurrebbe a considerare i rinvii all'art. 2623 c.c. automaticamente rivolti all'art. 173-bis.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 260 quote cioè nel minimo da euro 51,645 a euro 309,874.1395 e nel massimo da euro 67,139 a euro 402,836;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLE FATTISPECIE

Soggetto attivo: stando al tenore letterale della norma si tratterebbe di un reato comune. Tuttavia si deve rilevare come la condotta illecita in commento possa venire in essere esclusivamente in occasione di:

- (i) offerte al pubblico di prodotti finanziari (art. 94 TUF);
- (ii) ammissione alla quotazione di strumenti finanziari nei mercati regolamentati (art. 113 TUF); e
- (iii) offerte pubbliche di acquisto (inclusa l'OPA residuale) o di scambio (art. 102 TUF).

Potranno pertanto integrare gli estremi dell'illecito esclusivamente quei soggetti che i regolamenti Consob (TUF e Regolamento Emittenti) individuano come soggetti incaricati e responsabili della redazione dei prospetti.

Più nello specifico, in relazione alle offerte al pubblico di strumenti finanziari comunitari e di prodotti finanziari diversi dalle quote o azioni di OICR aperti (ex art. 94 TUF), l'art. 4 del RE individua negli offerenti e

negli emittenti i soggetti tenuti alla redazione del prospetto¹⁶². Analogamente, nel caso di presentazione di un prospetto per l'ammissione di strumenti finanziari alla quotazione nei mercati regolamentati (ex art. 113 TUF) possono commettere l'illecito esclusivamente l'emittente o il soggetto che ha chiesto l'ammissione dello strumento alle negoziazioni.

Limitatamente a tali casi si può parlare di reato proprio perché commissibile esclusivamente da soggetti qualificati.

Per quanto riguarda invece le offerte pubbliche di acquisto o di scambio (ex art. 102 TUF), il generico riferimento a coloro che effettuano un'offerta pubblica di acquisto o scambio induce a ritenere che si tratti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte¹⁶³ penalmente rilevanti sono:

- l'esposizione di false informazioni; e/o
- l'occultamento di dati o notizie

nei prospetti di quotazione e/o nei prospetti di offerta al pubblico di strumenti finanziari e/o dei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio che siano tali da indurre in errore i destinatari.

Si evidenzia l'assenza di ogni riferimento alla sensibile alterazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società emittente o a soglie quantitative di punibilità; se ne deve dedurre che anche alterazioni minime della reale situazione della società emittente possono integrare il reato in commento¹⁶⁴.

In merito all'occultamento di dati o notizie, sembra potersi ricondurre a tale fattispecie anche il mancato aggiornamento del prospetto informativo; si ritiene inoltre rilevante anche l'integrazione con informazioni false¹⁶⁵ del prospetto informativo e/o dei documenti richiesti in caso di offerta pubblica di acquisto e scambio.

Elemento soggettivo: il reato di falso in prospetto richiede sia il **dolo specifico**, che si concretizza nel fine ultimo della condotta ovvero sia il conseguimento, per l'agente o per altri soggetti, un ingiusto profitto (la cui realizzazione non è richiesta per la sussistenza del reato), sia il **dolo generico** che risiede nella coscienza e nella volontà di ingannare i destinatari del prospetto.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Le aree maggiormente esposte al rischio che possa verificarsi il reato in commento sono tutte quelle coinvolte nella strutturazione di operazioni di quotazione, OPA/OPS/OPV e sollecitazione all'investimento quali, ad esempio: *corporate finance*, IPO (laddove distinto dal *corporate finance*) e, in relazione alla predisposizione della documentazione di offerta, l'ufficio legale.

¹⁶² Si precisa inoltre che, ai sensi del comma 9 dell'art. 94 TUF, la responsabilità per informazioni false o per omissioni idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole grava anche sull'intermediario responsabile del collocamento.

¹⁶³ Ciascuna condotta è idonea ad integrare la fattispecie.

¹⁶⁴ Inoltre, la dottrina maggioritaria ritiene che l'esposizione di false informazioni e/o l'occultamento di dati o notizie in le valutazioni prognostiche e previsionali, volte a consentire all'investitore di formarsi un giudizio sulla situazione economico-patrimoniale e finanziaria della società, possano validamente integrare il reato in commento.

¹⁶⁵ Sono escluse dall'ambito applicativo della norma in commento le comunicazioni che devono essere rese alla Consob diverse da quelle esplicitamente regolate dalla norma.

Il medesimo rischio si ravvisa inoltre nel caso in cui sia l'intermediario stesso a porre in essere attività tali da richiedere una delle comunicazioni rilevanti ai sensi della norma in commento ovvero attività di sollecitazione all'investimento, lanci una OPA/OPS/OPV e/o quoti strumenti finanziari di pertinenza.

Si sottolinea inoltre che, ai sensi del comma 9 dell'art. 94 TUF, anche i collocatori sono responsabili per le informazioni false o per le omissioni contenute nel prospetto d'offerta.

Al fine di mitigare tale rischiosità si suggerisce di implementare, laddove non già previsti, i seguenti presidi:

- i) la redazione dei documenti d'offerta o dei prospetti di quotazione deve essere effettuata sulla base di un procedimento ispirato ai principi di correttezza/trasparenza/professionalità;
- ii) nella redazione dei documenti d'offerta e/o dei prospetti di quotazione devono essere utilizzate esclusivamente informazioni la cui correttezza/veridicità sia stata preventivamente verificata;
- iii) applicazione del generale principio di *maker-checker* per cui i soggetti incaricati della redazione di documenti d'offerta e/o di prospetti di quotazione devono necessariamente essere diversi da quelli incaricati di verificarne la correttezza/veridicità.

Si richiama infine l'attenzione sul ruolo chiave ("ruolo di garanzia") dei consulenti esterni, laddove l'attività di redazione della documentazione legale sia esternalizzata, o delle funzioni legale e/o *compliance*, nel caso in cui i documenti vengano predisposti internamente, nel controllare la veridicità nonché la conformità alle disposizioni di legge vigenti dei prospetti che l'intermediario presenta al mercato, anche se derivanti da uno specifico mandato di *advisory* del cliente/emittente.

[Art. 2624 Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione.] [ABROGATO]

1. I responsabili della revisione i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nelle relazioni o in altre comunicazioni, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso od occultano informazioni concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, ente o soggetto sottoposto a revisione, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni sulla predetta situazione, sono puniti, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino a un anno.

2. Se la condotta di cui al primo comma ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari delle comunicazioni, la pena è della reclusione da uno a quattro anni]

Art. 27 D.lgs 39/2010 (Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale)

I responsabili della revisione legale i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nelle relazioni o in altre comunicazioni, con la consapevolezza della falsità e l'intenzione di ingannare i destinatari delle comunicazioni, attestano il falso od occultano informazioni concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, ente o soggetto sottoposto a revisione, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni sulla predetta situazione, sono puniti, se la condotta non ha loro cagionato un danno patrimoniale, con l'arresto fino a un anno.

Se la condotta di cui al comma 1 ha cagionato un danno patrimoniale ai destinatari delle comunicazioni, la pena è della reclusione da uno a quattro anni.

Se il fatto previsto dal comma 1 è commesso dal responsabile della revisione legale di un ente di interesse pubblico, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.

Se il fatto previsto dal comma 1 è commesso dal responsabile della revisione legale di un ente di interesse pubblico per denaro o altra utilità data o promessa, ovvero in concorso con gli amministratori, i direttori generali o i sindaci della società assoggettata a revisione, la pena di cui al comma 3 è aumentata fino alla metà.

La pena prevista dai commi 3 e 4 si applica a chi dà o promette l'utilità nonché ai direttori generali e ai componenti dell'organo di amministrazione e dell'organo di controllo dell'ente di interesse pubblico assoggettato a revisione legale, che abbiano concorso a commettere il fatto.

PREMESSA

Il D.Lgs. 231/01 richiama, come reato presupposto, l'art. 2624 (Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione) che è tuttavia stato abrogato dall'art. 37 del D.Lgs 39/2010. In considerazione del fatto che il reato di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione è attualmente previsto all'art. 27 del D.Lgs 39/2010, si ritiene che tra i due articoli (l'art. 2624 c.c. e l'art. 27 D.Lgs 39/2010) possa individuarsi una continuità normativa che indurrebbe a considerare i rinvii all'art. 2624 c.c. automaticamente rivolti al citato art. 27.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01:

Per il **comma 1**

sanzione pecuniaria: da 200 a 260 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 67.139 a euro 464.811;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per il **comma 2**

sanzione pecuniaria: da 400 a 800 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.496;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLE FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di **reato proprio** possono commettere il reato esclusivamente i responsabili della revisione legale. La generica espressiva “*responsabili della revisione*” consente di includere tra i soggetti attivi anche il singolo revisore.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma in commento individua due diverse ipotesi di reato; il **primo comma** prevede infatti una contravvenzione se dalla condotta non deriva alcun danno patrimoniale, il **secondo**, al contrario, contempla un delitto punibile con la reclusione se la condotta ha causato un danno patrimoniale.

La condotta delittuosa può configurarsi come:

- (i) attestazione del falso; oppure
- (ii) occultamento di informazioni

concernenti la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società nelle relazioni o in altre comunicazioni.

In relazione all’attestazione del falso, la condotta consiste materialmente nel dichiarare, a differenza della realtà, la correttezza delle rilevazioni contabili e la conformità legale dell’operato della società di revisione. Per occultamento invece deve intendersi la mancata esposizione di informazioni relative alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società revisionata.

Sia l’attestazione falsa sia l’occultamento di informazioni devono avvenire nelle **relazioni**, da intendersi come i documenti in cui i revisori esprimono il giudizio sul bilancio, consolidato o d’esercizio, o nelle **comunicazioni** dei revisori che costituiscono invece una categoria residuale. L’elemento che deve necessariamente caratterizzare le relazioni e le comunicazioni è il carattere della **ufficialità**, essendo pertanto irrilevanti le comunicazioni connotate da privatezza e confidenzialità.

La condotta deve essere finalizzata ad **indurre in errore i destinatari** delle comunicazioni sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società. Se ne deduce che la falsificazione/occultamento deve avere ad oggetto elementi che incidono in modo apprezzabile sulla corretta rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società (elementi significativi).

Per quanto concerne i **destinatari** delle relazioni/comunicazioni devono intendersi come tali, in generale, tutti coloro che possono essere influenzati dai risultati della revisione contabile tra cui si annoverano, tra gli altri, i soci, i creditori e il pubblico dei risparmiatori e degli investitori.

Infine, il comma 4 reca una specifica aggravante qualora la condotta sia posta in essere dal responsabile della revisione legale di un ente di interesse pubblico per denaro o altra utilità, ovvero in concorso con gli amministratori, i direttori generali o i sindaci della società assoggettata a revisione, mentre il comma 5 sancisce la punibilità dei direttori generali e dei componenti dell’organo di amministrazione e dell’organo di controllo dell’ente di interesse pubblico assoggettato a revisione legale, che abbiano concorso a commettere il fatto.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si sostanzia nel conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto derivante dalla condotta delittuosa.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il rischio associato al reato in commento è riconducibile all’eventuale concorso di soggetti in posizione apicale (e.g. amministratori, direttori generali, sindaci) e/o dipendenti e/o soggetti a questi equiparati

nell'occultamento o nell'attestazione di false informazioni nelle relazioni e/o comunicazioni prodotte dalla società di revisione.

Al fine di individuare specifici presidi volti a mitigare tale rischiosità, si suggerisce di implementare, laddove non già presenti, procedure volte a:

- attuare, laddove non già presente, un codice di comportamento che vieti ogni influenza/ingerenza di soggetti in posizione apicale e/o dipendenti nell'attività svolta dai revisori in modo tale da garantire la loro totale autonomia ed indipendenza; e
- definire ruoli e responsabilità nella redazione della documentazione indirizzata alla società di revisione in risposta a specifiche richieste e/o controlli della stessa; e
- individuare un referente, nominato ad *hoc*, che agisca da tramite con la società di revisione stessa; e
- investire la funzione *compliance* e/o il legale della responsabilità di verificare la correttezza, formale e contenutistica, delle informazioni comunicate alla società di revisione; e
- predisporre specifiche sanzioni comminabili nei casi di comunicazione di false informazioni o occultamento di informazioni alla società di revisione.

Art. 2625 Impedito controllo *

1. Gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.329 euro.

2. Se la condotta ha cagionato un danno ai soci, si applica la reclusione fino ad un anno e si procede a querela della persona offesa.

3. La pena è raddoppiata 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 di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58

*Rileva ai fini 231 esclusivamente il comma 2.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01:

Per il reato di cui al **comma 2**

Sanzione pecuniaria: da 200 a 360 quote cioè nel minimo da € 51.645 a € 309.874 e nel massimo da € 92.962 a € 557.773;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE e RISCHI CONNESSI

Soggetto attivo: gli amministratori della società; si tratta di reato proprio¹⁶⁶.

Fattispecie oggettiva condotta del reato: la condotta richiamata dalla norma in commento si sostanzia nell'impedire o nell'ostacolare lo svolgimento delle attività di controllo¹⁶⁷, legalmente attribuite ai soci, ad altri organi sociali, attraverso l'occultamento di documenti o con altri idonei artifici¹⁶⁸ determinando un danno ai soci.

Al primo comma, che esula dalla previsione di un danno, è riconducibile un mero illecito amministrativo non rilevante ai sensi del decreto 231/01. Il secondo comma invece sancisce la punibilità di un illecito penale che si fonda sul danno arrecato ai soci per mezzo della condotta illecita. Solo in tale ultima circostanza, qualora l'illecito sia commesso nell'interesse o a vantaggio della società, può ravvisarsi responsabilità dell'ente.

Elemento soggettivo: dolo generico del soggetto agente.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il controllo da parte degli organi societari, dei soci e della società di revisione può avere ad oggetto qualunque aspetto della vita sociale con particolare riferimento però alle attività amministrativo/contabili.

¹⁶⁶ Esclusivamente in relazione al comma 2, trova applicazione l'estensione delle qualifiche soggettive recata dall'art.2639 c.c. sulla base della quale...*omissis*...*le sanzioni relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'Autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di amministrare la società...omissis*.

¹⁶⁷ E' esclusa l'applicabilità dell'art. 2625 c.c. nel caso in cui gli ostacoli o gli impedimenti siano facilmente superabili o determinino un ritardo minimo nelle attività di controllo.

¹⁶⁸ Per altri idonei artifici si devono intendere attività volte ad alterare la realtà esterna che crea una falsa apparenza materiale. Anche la distruzione di documenti sembra potersi ricondurre nella categoria degli "idonei artifici".

Risulta opportuno rafforzare l'attività di *reporting* verso organi di controllo/garanzia quale ad esempio il collegio sindacale in caso di violazioni o presunte tali.

Inoltre, il comportamento degli amministratori volto ad impedire ai sindaci e/o ai dipendenti dei sindaci l'accesso e l'analisi di documenti riservati dovrebbe automaticamente determinare l'attivazione di una immediata verifica dai parte dei sindaci stessi.

Art. 2626 Indebita restituzione dei conferimenti

Gli amministratori che, fuori dei casi di legittima riduzione del capitale sociale, restituiscono, anche simulatamente, i conferimenti ai soci o li liberano dall'obbligo di eseguirli, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 360 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 92.962 a euro 557.773;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: gli amministratori della società; si tratta infatti di reato proprio¹⁶⁹. Dal novero dei soggetti attivi manca il socio che risulta punibile, per concorso eventuale, solo qualora realizzi una condotta diversa ed ulteriore rispetto a quella tipica dell'articolo in commento (e.g. istigazione degli amministratori a commettere il reato).

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si articolano nella:

- (i) restituzione di conferimenti ai soci al di fuori dei casi previsti dalla legge;
- (ii) liberazione degli stessi dall'obbligo di eseguirli.

In riferimento alla condotta *sub i*), per conferimenti si devono intendere le prestazioni a cui i soci si obbligano al fine di costituire il capitale sociale della società. Non assume pertanto rilevanza, ai sensi dell'articolo in commento, la restituzione di apporti non imputati a capitale.

La restituzione può avvenire tanto in forma diretta quanto indiretta nonché, per espressa previsione normativa, in forma simulata. La restituzione simulata può avvenire con comportamenti leciti, quali, ad esempio, (i) la concessione di un prestito senza prospettive di restituzione, (ii) la stipulazione di contratti a prestazioni sproporzionate in danno della società, e (iii) attraverso operazioni già autonomamente e penalmente rilevanti (si veda l'articolo 2629).

Posto che la restituzione di conferimenti grava inizialmente sulla riserva legale e solo successivamente, una volta esaurita questa, va ad intaccare il capitale sociale, l'illecito di cui all'articolo 2626 viene in essere solo in tale ultimo momento ovvero in presenza di una riduzione fraudolenta del capitale.

In relazione alla condotta *sub ii*), la liberazione dei soci dall'obbligo di eseguire integralmente i conferimenti deve risultare da una formale rinuncia, da parte della società, all'adempimento di tale obbligo.

Sono irrilevanti, ai fini della punibilità ai sensi dell'articolo in commento, le restituzioni di beni a soggetti estranei alla compagine societaria.

Anche in relazione alla liberazione dei soci dall'obbligo di eseguire integralmente i conferimenti, è possibile ipotizzare ipotesi di simulazione qualora si verifichi, ad esempio, la compensazione del debito di conferimento con un credito fittizio del socio verso la società.

¹⁶⁹ Trova applicazione l'estensione delle qualifiche soggettive recata dall'art.2639 c.c. sulla base della quale...*omissis*...*le sanzioni relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'Autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società...omissis*.

In entrambi i casi (*sub i* e *ii*)), per la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, è necessario che la restituzione avvenga al di fuori dell'ipotesi di legittima riduzione del capitale sociale ovvero una riduzione effettiva e non anche meramente nominale¹⁷⁰.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella consapevolezza di restituire ai soci i conferimenti o di liberarli dall'obbligo di eseguirli in assenza di una delibera assembleare di riduzione del capitale sociale.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

La norma punisce una condotta volta a minare l'integrità del capitale sociale che si realizza attraverso la "sottrazione" di cespiti dall'attivo a vantaggio dei soci; ad essere lesa è, *in primis*, la società stessa. Risulta pertanto improbabile che il reato in commento possa essere compiuto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, così come richiesto dal decreto al fini dell'autonoma responsabilità dell'ente.

Ciò posto, si ritiene che il rischio di commissione del reato di indebita restituzione di conferimenti possa rilevare in relazione ai soli rapporti di gruppo, ovvero sia qualora una società venga liberata dall'esecuzione dei conferimenti a cui si era obbligata nei confronti di un'altra società del gruppo e/o riesca a farsi restituire gli *asset* già conferiti.

¹⁷⁰ Si pensi alla riduzione per perdite o al di sotto del limite legale.

Art. 2627 Illegale ripartizione degli utili e delle riserve

Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, gli amministratori che ripartiscono utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti o destinati per legge a riserva, ovvero che ripartiscono riserve, anche non costituite con utili, che non possono per legge essere distribuite, sono puniti con l'arresto fino ad un anno. La restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 260 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 67.139 a euro 464.811;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: gli amministratori della società, titolari del potere di ripartire gli utili sociali; si tratta infatti di reato proprio¹⁷¹. Dal novero dei soggetti attivi manca il socio che risulta punibile, per concorso eventuale, solo qualora realizzi una condotta diversa ed ulteriore rispetto a quella tipica dell'articolo in commento (e.g. istigazione degli amministratori a commettere il reato).

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si articolano nella:

- (i) ripartizione di utili o acconti su utili non effettivamente conseguiti o destinati per legge a riserva;
- (ii) ripartizione di riserve, anche non costituite con utili, che non possono per legge essere distribuite.

La "ripartizione" implica l'effettiva fuoriuscita di mezzi di pagamento dal patrimonio sociale, con la conseguenza che l'iscrizione di un credito per dividendi in favore dei soci non determina l'insorgere di responsabilità ai sensi dell'articolo in commento.

L'oggetto materiale della condotta è costituito dagli utili non effettivamente conseguiti o che, per legge, devono essere destinati a riserva; tali utili devono intendersi come gli "utili complessivi di bilancio" che si sostanziano nell'incremento del patrimonio conseguito nell'anno di riferimento e di eventuali utili (o perdite) di esercizi precedenti non distribuiti.

La condotta criminosa può avere ad oggetto anche la sola distribuzione di acconti sugli utili, distribuiti ai soci prima della chiusura dell'esercizio di riferimento, purché tali acconti siano riconducibili a utili non effettivamente conseguiti o destinati per legge a riserva.

Infine, la presenza della clausola di riserva ("*salvo che il fatto non costituisca più grave reato*") consente di individuare ulteriori illeciti che potrebbero essere perpetrati attraverso le condotte proprie del reato di illegale ripartizione di utili e riserve ovvero sia appropriazione indebita (art. 646 c.c.), infedeltà patrimoniale (art. 2634) e aggiotaggio¹⁷² (art. 2637).

Elemento soggettivo: **dolo** o **colpa**, potendo rilevare, a fini di punibilità, anche la condotta dell'amministratore che, per negligenza e scarsa attenzione, ripartisca utili che in realtà sono destinati, per legge, a riserva.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

¹⁷¹ Si veda la nota 166.

¹⁷² Il reato di aggiotaggio verrà in essere solo nel caso in cui la ripartizione di utili e/o acconti costituisca un artificio idoneo ad alterare sensibilmente il prezzo delle azioni.

Posto che la condotta illecita in commento mina l'integrità del capitale sociale attraverso la "sottrazione" di riserve e/o utili sociali, ad essere lesa è, *in primis*, la società stessa. Risulta pertanto improbabile che il reato in commento possa essere compiuto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, così come richiesto dal decreto al fini della sua autonoma responsabilità.

Si sottolinea inoltre che, di norma, l'intermediario risulta già dotato di specifiche procedure volte a:

- impedire la distribuibilità di utili o riserve attraverso la corretta gestione del processo di accantonamento degli utili;
- esplicitare i divieti imposti dalla legge in merito alla distribuibilità di utili e/o riserve.

Art. 2628 Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante

Gli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, sono puniti con la reclusione fino ad un anno.

La stessa pena si applica agli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge.

Se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta, il reato è estinto.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 360 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 92.962 a euro 557.773;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: gli amministratori¹⁷³, con la precisazione che la condotta del comma 2 può essere posta in essere dai soli amministratori della società controllata. Dal novero dei soggetti attivi mancano sia i soci della società acquirente sia gli amministratori della controllante; tali soggetti sono punibili, per concorso eventuale, solo qualora realizzino una condotta diversa ed ulteriore rispetto a quella tipica dell'articolo in commento (e.g. istigazione degli amministratori a commettere il reato).

Fattispecie oggettiva del reato: in relazione alle condotte delineate al primo comma, esse si sostanziano:

- (i) nell'acquisto di azioni o quote sociali, a seguito di una compravendita o di qualunque altro negozio (anche a titolo gratuito) idoneo a trasferire, in capo alla società, la proprietà di tali azioni¹⁷⁴; e/o
- (ii) nella sottoscrizione di azioni o quote sociali che mina l'effettività del capitale sociale¹⁷⁵.

Le condotte appena descritte sono punibili esclusivamente qualora ledano l'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge.

Per quanto concerne il secondo comma, le condotte punite, perpetrabili dai soli amministratori della società controllata, ricalcano quelle del primo comma: a differire è invece l'oggetto di tali condotte che è costituito, in quest'ultimo caso, da azioni o quote emesse dalla società controllante. Deve pertanto sussistere un rapporto di controllo¹⁷⁶ tra la società controllante e quella acquirente (controllata); tuttavia,

¹⁷³ Si veda la nota 164.

¹⁷⁴ L'acquisto può essere effettuato anche tramite una società fiduciaria, per interposta persona o attraverso intermediari che agiscono in nome e per conto di un cliente.

¹⁷⁵ Posto che i soggetti attivi della condotta possono essere esclusivamente gli amministratori, l'indebita sottoscrizione di azioni o quote sociali può avvenire solo in fase di aumento di capitale sociale.

¹⁷⁶ **2359. Società controllate e società collegate.**

Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
 - 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
 - 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.
- Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

posto che il presupposto per la configurabilità del reato è costituito dall'effettiva lesione del capitale sociale o delle riserve non disponibili, rilevano, ai fini del reato in commento, l'acquisto e/o la sottoscrizione di azioni della controllante qualora sussista, tra le due società, controllo di diritto o controllo di fatto interno (voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria).

Il reato si estingue qualora le riserve o il capitale sociale siano ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in cui è stata posta in essere la condotta criminosa. In tale ultimo caso, si precisa tuttavia che l'eventuale responsabilità dell'ente continuerà a sussistere anche in caso di estinzione del reato stesso ai sensi dell'art. 8, comma 1 lett. b).

Elemento soggettivo: dolo generico che si realizza nella volontà di acquistare e/o sottoscrivere azioni o quote sociali accompagnata dalla consapevolezza della irregolarità dell'operazione, nonché dalla volontà di generare un evento lesivo per il capitale sociale.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il reato in commento interessa gli intermediari finanziari in qualità di emittenti e nel caso in cui siano incaricati di acquistare azioni di un emittente con successivo trasferimento della proprietà in capo allo stesso (e.g. operazioni di *buy-back*, attività di sostegno della liquidità tramite riacquisto).

La condotta illecita in commento, qualora posta in essere nell'interesse anche non esclusivo dell'ente, può determinarne responsabilità, anche a titolo di concorso, ai sensi del decreto 231/01; si suggerisce pertanto di introdurre procedure di verifica/*alert* che sottopongano a specifici controlli le operazioni di acquisto di azioni proprie, di azioni della società controllante e/o di azioni di emittenti con successivo trasferimento della proprietà a questi ultimi.

Nel caso in cui l'intermediario agisca su mandato dell'emittente, risulta inoltre opportuno prevedere una specifica procedura/attività di *due diligence*, da porre in essere al momento dell'acquisizione del mandato stesso, che miri a verificare che l'attività oggetto del mandato possa essere effettuata nel rispetto di tutte le disposizioni di legge inclusa, in particolare, la disciplina sul riacquisto azioni proprie ex art. 2628 c.c.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Art. 2629 Operazioni in pregiudizio dei creditori

Gli amministratori che, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, effettuano riduzioni del capitale sociale o fusioni con altra società o scissioni, cagionando danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 300 a 660 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 170.430 a euro 1.022.584;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: gli amministratori della società; si tratta infatti di reato proprio¹⁷⁷.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta criminosa si realizza in presenza di eventi modificativi del capitale che cagionino un danno patrimoniale ai creditori ovvero:

- (i) riduzione del capitale sociale; e
- (ii) fusione, scissione della società.

Tali eventi presuppongono una deliberazione assembleare straordinaria che comporta una modifica dell'atto costitutivo effettivamente lesiva per i creditori stessi.

Per quanto concerne la riduzione di capitale¹⁷⁸, non rilevano i casi di riduzione nominale (*e.g.* riduzione per perdite o riduzione al di sotto del limite legale) che si concretizzano in mere operazioni contabili finalizzate ad adeguare il capitale al valore del patrimonio sociale.

In relazione alle operazioni di fusione e di scissione, articolandosi in più fasi (redazione del progetto di fusione/scissione *ex art.* 2501-*ter*; deliberazione dell'assemblea straordinaria *ex art.* 2506-*bis*; stipulazione dell'atto di fusione/scissione *ex artt.* 2504 e 2506-*quater*) possono essere attuate dagli amministratori solo dopo che siano trascorsi 60 giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di approvazione dell'operazione stessa. Entro tale termine i creditori anteriori all'iscrizione del progetto di fusione possono proporre opposizione.

L'illecito in commento è, di norma, perpetrato prima che siano trascorsi i 60 giorni concessi ai creditori per l'opposizione.

Si noti inoltre che, con l'introduzione nel nostro ordinamento dell'articolo 2501-*bis* c.c., è stato regolamentato il fenomeno del *leveraged buy out* che, se effettuato in violazione delle disposizioni di legge e in danno dei creditori, può ricadere nell'ambito di applicazione dell'articolo in commento.

A rilevare sono esclusivamente le condotte che arrechino ai creditori un pregiudizio di natura patrimoniale dovendo verificarsi una lesione effettiva del loro patrimonio; il reato si estingue a seguito del risarcimento del danno cagionato. Tuttavia si precisa che l'eventuale responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingua per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 8, comma 1 lett. b).

¹⁷⁷ Si veda la nota 166.

¹⁷⁸ La presenza di una delibera assembleare costituisce elemento di distinzione della fattispecie delittuosa dell'art. 2629 c.c. da quella di cui all'art. 2626 c.c. (*Indebita restituzione di conferimenti*).

Elemento soggettivo: dolo generico che si sostanzia nella conoscenza e nella volontà di arrecare pregiudizio ai creditori sociali.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Le operazioni di riduzione del capitale e, in particolar modo, quelle di fusione e scissione possono assumere rilievo sotto il profilo della strategia aziendale; a titolo di esempio si ricorda come una società potrebbe avere interesse a fondersi con una concorrente per rafforzare la propria posizione di mercato o al fine di migliorare la situazione economico-patrimoniale globale.

La rischiosità insita in tali operazioni risiede nella concreta possibilità che esse determinino illeciti annacquamenti del capitale che, affievolendo la garanzia patrimoniale dei creditori, arrecano una effettiva lesione patrimoniale a tali ultimi soggetti.

La condotta illecita in commento, qualora posta in essere nell'interesse anche non esclusivo dell'ente, può determinarne responsabilità ai sensi del decreto 231/01.

Art. 2629-bis Omessa comunicazione del conflitto d'interessi

*L'amministratore o il componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, ovvero di un soggetto sottoposto a vigilanza ai sensi del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, che viola gli obblighi previsti dall'articolo **2391, primo comma**, è punito con la reclusione da uno a tre anni, se dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi.*

Art. 2391 Interessi degli amministratori

L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile.

Nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione.

Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione.

L'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 258.228 a euro 1.549.370;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di reato proprio¹⁷⁹, possono commettere il reato in commento coloro che svolgono funzioni di amministratore o componente del consiglio di gestione in:

- società quotate in mercati regolamentati italiani o di altro Stato dell'Unione europea;
- società con azionariato diffuso tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del TUF;
- banche, SIM, SGR, SICAV, intermediari di cui agli articoli 106 e 107 del TUB, assicurazioni, società autorizzate a gestire forme pensionistiche complementari.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta punibile è la violazione dei doveri imposti dall'art. 2391, comma 1 che stabilisce l'obbligo, in capo all'amministratore, di comunicare, agli altri amministratori e al collegio sindacale, eventuali interessi personali in una determinata operazione. Nel caso

¹⁷⁹ Parte della dottrina (minoritaria) ritiene che il reato possa essere commesso anche dal soggetto che riveste le qualifiche soggettive richiamate dalla norma anche solo in via di fatto.

dell'amministratore delegato¹⁸⁰ è inoltre previsto l'ulteriore obbligo di astenersi dal compiere simili operazioni.

Ai fini della condotta, a rilevare sono i soli interessi specifici e direttamente collegati con l'operazione societaria oggetto di valutazione; la comunicazione richiesta dall'art. 2391 deve inoltre dettagliare la natura, i termini, l'origine e la portata di tale interesse.

Il dettaglio richiesto per la comunicazione del conflitto di interesse è tale da ritenere che una comunicazione incompleta non possa considerarsi sufficiente ad escludere la punibilità ai sensi dell'articolo in commento; qualunque omissione che arrechi danno alla società o a terzi può validamente costituire il presupposto per la perseguibilità.

La norma non precisa il termine entro il quale la comunicazione deve essere effettuata tuttavia si ritiene che essa debba giungere in tempo utile da consentire alla società di assumere iniziative a tutela dei propri interessi e comunque prima della deliberazione assembleare avente ad oggetto l'interesse in relazione al quale è sorto il conflitto.

La mancata comunicazione del conflitto di interessi e la non astensione dal compimento di operazioni in conflitto sono punite solo qualora arrechino un danno di carattere patrimoniale¹⁸¹ alla società oppure ai terzi; in tale ultima categoria possono essere ricompresi, a titolo di esempio: i soci, i creditori sociali, i beni posseduti o amministrati dalla società¹⁸².

Elemento soggettivo: dolo generico che si sostanzia nella volontaria omissione della comunicazione di un interesse rilevante da parte dell'amministratore e/o nella commissione di un'operazione in conflitto da parte dell'amministratore delegato, nella consapevolezza del danno che ne deriva.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

In merito all'applicabilità del decreto 231/01, si ritiene che l'omissione della comunicazione relativa all'esistenza di interessi in capo all'amministratore e/o la mancata astensione dal compimento di una operazione in conflitto da parte dell'amministratore delegato possano generare un vantaggio, seppur non diretto, dell'ente¹⁸³.

Data la natura del reato (reato proprio), la rischiosità associata è circoscritta all'operatività dell'organo amministrativo. Risulta pertanto di fondamentale importanza la sensibilizzazione degli amministratori anche attraverso la somministrazione di *training* specifici in materia di responsabilità amministrativa degli enti.

Al fine di prevenire il reato in commento appare opportuno che:

- 1) la società raccolga, attraverso formulari standard, le dichiarazioni degli amministratori in merito alle possibili situazioni di conflitto in cui essi possono trovarsi;
- 2) il presidente richieda agli amministratori, in ogni riunione del CdA, di dichiarare l'esistenza di potenziali conflitti di interesse. Tali dichiarazioni devono essere inserite nei verbali delle assemblee.

¹⁸⁰ Destinatario di tali obblighi è esclusivamente l'amministratore che goda dei pieni poteri gestori e non anche l'amministratore delegato che sia investito della sola rappresentanza o esegua operazioni già deliberate.

¹⁸¹ Deve sussistere evidentemente un nesso di causalità.

¹⁸² Ai fini dell'individuazione della responsabilità dell'ente, ex decreto n. 231/01, l'ipotesi di danno causato alla società non è preso in considerazione stante l'incompatibilità con l'interesse o il vantaggio dell'ente scaturito dalla commissione del reato.

¹⁸³ Tuttavia non manca chi ha evidenziato che l'applicazione della disciplina ex decreto n. 231/01 a tale reato non sarebbe praticabile in quanto gli interessi in conflitto dell'amministratore sono in evidente ed immediato contrasto con un'azione nell'interesse della società, presupposto imprescindibile per radicare la responsabilità della medesima.

2632 Formazione fittizia del capitale

Gli amministratori e i soci conferenti che, anche in parte, formano od aumentano fittiziamente il capitale sociale mediante attribuzioni di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale, sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione, sono puniti con la reclusione fino a un anno.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 360 quote cioè nel minimo da euro 51.645 a euro 309.874 e nel massimo da euro 92.962 a euro 557.773;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di reato proprio, possono commettere il reato in commento:

- (i) gli amministratori¹⁸⁴, che possono porre in essere tutte le condotte proprie del reato di formazione fittizia del capitale, e
- (ii) i soci conferenti, relativamente alla sola sopravvalutazione dei conferimenti.

Fattispecie oggettiva della condotta: le condotte alternative, finalizzate alla formazione e all'aumento fittizio del capitale, si articolano:

- (i) nell'attribuzione di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale; e/o
- (ii) nella sottoscrizione reciproca di azioni o quote; e/o
- (iii) nella sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione.

Relativamente al divieto di sottoscrizione reciproca di azioni o quote (*sub ii*), si precisa che tale divieto permane anche qualora le sottoscrizioni siano effettuate per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona. Elemento fondamentale della fattispecie è costituito dalla **reciprocità** delle sottoscrizioni che non implica però la contestualità delle operazioni bensì esclusivamente un coordinamento a monte delle due società, potendo realizzarsi l'"incrocio" anche in momenti temporali differenti. Non è richiesta neppure l'omogeneità delle operazioni in quanto possono essere eseguite l'una in fase di costituzione e l'altra in fase di aumento.

Infine, la terza condotta, atta ad annacquare il capitale sociale, può essere genericamente perpetrata attraverso la sopravvalutazione di conferimenti in natura o di crediti¹⁸⁵.

Oggetto di sopravvalutazione può essere costituito anche dal patrimonio della società nel caso di **trasformazione**¹⁸⁶.

La sopravvalutazione punibile dalla norma è esclusivamente quella **rilevante**; la valutazione di rilevanza dovrà essere effettuata caso per caso utilizzando, come criterio orientativo, la soglia individuata all'art. 2343 c.c., comma 4 ("Stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti") ai sensi del quale *se risulta che il*

¹⁸⁴ Si veda la nota 164.

¹⁸⁵ Rilevano anche i conferimenti di beni immateriali purché siano conferibili a capitale sociale e iscrivibili all'attivo.

¹⁸⁶ La dottrina prevalente sembrerebbe escludere dall'ambito di applicazione della norma in commento la trasformazione di una società di capitali in società di persone.

*valore dei beni o dei crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, la società deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte*¹⁸⁷.

Elemento soggettivo: dolo generico che si realizza quanto nell'agente si realizzano la coscienza e volontà di formare o aumentare fittiziamente il capitale sociale attraverso una delle specifiche condotte descritte.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

La rischiosità insita nelle condotte sopra descritte, accomunate dallo specifico fine di aumentare fittiziamente il capitale sociale, risiede nella concreta possibilità che esse determinino illeciti annacquamenti del capitale.

L'interesse o il vantaggio dell'ente possono risiedere in una rappresentazione contabile non veritiera e corretta della reale situazione patrimoniale al fine di ampliare la base societaria.

¹⁸⁷ Si ritiene inoltre che si possa guardare al comma 3 dello stesso articolo al fine di individuare la corretta procedura e la tempistica per il controllo, effettuato dagli amministratori, del valore dei conferimenti.

2633 Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori

I liquidatori che, ripartendo i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme necessarie a soddisfarli, cagionano danno ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Il risarcimento del danno ai creditori prima del giudizio estingue il reato.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 300 a 660 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 170.430 a euro 1.022.584;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di reato proprio possono commettere il reato in commento esclusivamente i liquidatori. Tuttavia, prima della nomina o dell'insediamento dei liquidatori anche gli amministratori potrebbero indebitamente ripartire i beni sociali con conseguente danno per i creditori; analogamente, i soci, omettendo di nominare i liquidatori, potrebbero provvedere direttamente alla ripartizione del patrimonio societario. In tali casi, la dottrina è concorde nel ritenere che amministratori e soci si configurino come **liquidatori di fatto**¹⁸⁸.

Relativamente al potenziale concorso del socio nell'illecito esso potrà realizzarsi solo qualora il socio ponga in essere una condotta diversa e ulteriore rispetto a quella tipica del reato in commento come, ad esempio, l'istigazione o la determinazione a commettere il reato.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta rilevante consiste nella ripartizione di beni sociali prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme necessarie a soddisfarli arrecando loro un danno. Per ripartizione deve intendersi ogni trasferimento effettuato a vantaggio di uno o più soci; ai fini della configurabilità dell'illecito in commento è sufficiente anche un solo atto di riparto¹⁸⁹.

L'oggetto materiale della condotta è costituito dalla categoria dei **beni sociali** che comprende qualunque elemento del patrimonio idoneo a soddisfare i creditori (denaro, beni in natura e/o diritti di credito)¹⁹⁰.

L'illecito non viene in essere qualora la ripartizione avvenga dopo il pagamento¹⁹¹ dei creditori o l'accantonamento¹⁹² delle somme necessarie a soddisfarli.

L'ultimo elemento della fattispecie oggettiva del reato è costituito dalla lesione patrimoniale in danno dei creditori sociali; ai fini della configurabilità di tale lesione, rilevano anche i ritardi nel pagamento e l'eventuale ottenimento delle somme dovute attraverso modalità più gravose.

Il reato di estingue con il **risarcimento integrale** del danno cagionato a tutti i creditori, e non solo a quelli querelanti, che intervenga prima dell'apertura del giudizio. Tuttavia si precisa che l'eventuale responsabilità dell'ente sussiste anche quando il reato si estingua per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 8, comma 1 lett. b).

¹⁸⁸ La responsabilità deriverebbe direttamente dall'articolo 2639 c.c. ("*Estensione delle qualifiche soggettive*").

¹⁸⁹ Una pluralità di ripartizioni non sembra comportare anche una pluralità di reati.

¹⁹⁰ Non appartengono alla categoria dei beni sociali quelli sui quali la società vanta un mero diritto personale di godimento.

¹⁹¹ Deve intendersi ogni forma di estinzione del debito, anche quelle non soddisfatti come la compensazione.

¹⁹² Consiste nella separazione dal patrimonio della società delle somme necessarie per l'estinzione dei debiti; tali somme devono essere sottoposte ad un vincolo di indisponibilità, non essendo sufficiente neppure la prestazione di garanzie da parte di soggetti terzi.

Elemento soggettivo: dolo generico. Il dolo è escluso nel caso di errore del soggetto agente sulla presenza di creditori non ancora soddisfatti, sull'ammontare dei debiti sociali o sull'eventuale accantonamento delle somme necessarie.

2636 Illecita influenza sull'assemblea

Chiunque, con atti simulati o fraudolenti, determina la maggioranza in assemblea, allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 300 a 660 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 170.430 a euro 1.022.584;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di un reato comune¹⁹³.

Fattispecie oggettiva del reato: a rilevare sono esclusivamente le condotte realizzate con atti fraudolenti o simulati; sono pertanto escluse le condotte di violenza o minaccia¹⁹⁴.

L'illiceità dei mezzi non è più richiesta con la conseguenza che, per influenzare l'assemblea, possono essere fraudolentemente impiegati sia mezzi leciti sia mezzi sicuramente non illeciti (e.g. mercato del voto).

Per quanto concerne gli atti simulati, si ritiene che siano riconducibili a tale categoria tutti gli atti in grado di indurre in errore i destinatari dovendosi rilevare la natura decettiva¹⁹⁵ degli stessi.

Ai fini della punibilità della condotta è richiesto che la stessa abbia prodotto l'effettiva determinazione della maggioranza in assemblea: deve cioè sussistere un nesso di causalità¹⁹⁶ la cui sussistenza può essere verificata attraverso il c.d. *test di resistenza* che si sostanzia nel sottrarre dal numero totale di voti quelli viziati (conseguenza di atti fraudolenti o simulati) e verificare se la maggioranza sarebbe stata ugualmente raggiunta. Risultano invece irrilevanti i voti marginali, ovvero quei voti che non abbiano concorso al *quorum*, e quelli che abbiano dato luogo ad una influenza non significativa; si tratta di quei voti di "impotenza" o "rassegnazione" espressi da alcuni soci consapevoli della manovre fraudolente poste in essere per incidere sulla formazione della maggioranza che scelgono di adeguarsi alla volontà espressa dal resto dell'assemblea. Tali voti contribuiscono a rafforzare, piuttosto che a determinare, la maggioranza in assemblea ed esulano pertanto dall'applicazione della norma in commento.

L'illecita influenza sull'assemblea può realizzarsi, a titolo di esempio, qualora:

- si eserciti il diritto di voto attraverso un **prestanome** per aggirare un divieto previsto dalla legge o dallo statuto (e.g. divieto per l'amministratore di votare nelle delibere relative la sua responsabilità);
- ci si avvalga di **azioni o quote non collocate**, comprendenti le azioni non sottoscritte e anche quelle per le quali sia stata dichiarata la decadenza del socio a seguito del mancato versamento del conferimento (art. 2344 c.c.);

¹⁹³ Parte della dottrina è dell'opinione che, in concreto, il delitto in commento possa essere commesso esclusivamente dagli amministratori e dai soci. Tuttavia, si ritiene che sia gli amministratori sia i terzi potrebbero incidere significativamente sulla formazione della maggioranza in assemblea e, pertanto, sarebbe scorretto restringere l'ambito di applicazione soggettivo a categorie individuate a priori.

¹⁹⁴ Potrebbero acquistare rilevanza qualora sussistano anche gli altri presupposti di cui all'art. 610 c.p. (violenza privata). La presenza di elementi ulteriori potrebbe inoltre configurare il delitto di estorsione.

¹⁹⁵ Secondo alcuni, ai concetti di simulazione e frode non sarebbe possibile attribuire un significato autonomo; tale espressione (atti simulati o fraudolenti) dovrebbe essere piuttosto intesa come un'endiadi.

¹⁹⁶ Si segnala che una recente giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'articolo in commento anche nel caso in cui la manovra fraudolenta posta in essere dal soggetto agente abbia avuto non l'effetto di determinare la maggioranza in assemblea ma solo quello di impedire il raggiungimento della maggioranza con la conseguente impossibilità, per l'assemblea, di deliberare.

- si pongano in essere atti volti al **condizionamento del voto** (e.g. dichiarazioni false o reticenti volte ad ingannare i soci sull'opportunità/convenienza di una delibera; convocazione dell'assemblea in tempi e luoghi che non consentano la partecipazione di tutti i soci; raccolta di deleghe realizzata fraudolentemente);
- **si abusi della presidenza dell'assemblea** consentendo l'ammissione alla votazione di soggetti che non avrebbero potuto esercitare il diritto di voto o l'esclusione dal voto di soggetti aventi diritto¹⁹⁷.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si sostanzia nel procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto attraverso la condotta illecita sopra descritta.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Qualora la condotta sopra descritta sia posta in essere nell'interesse o a vantaggio, seppur non esclusivo, dell'ente essa può generare anche l'autonoma responsabilità amministrativa per l'ente stesso.

Sebbene parte della dottrina abbia sollevato alcune incertezze in merito alla concreta possibilità che si realizzi un vantaggio per la società in presenza di condotte che alterino la regolare formazione della volontà assembleare, si ritiene che da simili condotte possa comunque derivare un interesse patrimoniale dell'ente, del tutto slegato dall'interesse istituzionale al corretto svolgimento dell'assemblea fondato sulla regolare interazione tra maggioranza e minoranza.

Le condotte tipiche di reato sopra descritte non sono riconducibili a specifici servizi di investimento posto che esse attengono alla sfera della *corporate governance* ovvero delle interrelazioni tra organi societari, soci e *stakeholder*. Si rimanda tuttavia alla nota 137.

Tali condotte possono realizzarsi esclusivamente in sede assembleare ed è pertanto possibile mitigare la rischiosità ad esse associata prevedendo specifici presidi volti a garantire il corretto svolgimento delle assemblee (a partire dalla fase di convocazione) nonché di ogni attività di preparazione delle stesse. Ciò premesso, si consiglia di adottare una specifica procedura per la corretta gestione del procedimento di sollecitazione delle deleghe; si suggerisce inoltre di porre in essere controlli e verifiche relative all'effettività della partecipazione vantata dal socio e dei voti spettanti avendo cura di verificare che non sussistano cause ostative all'esercizio del diritto di voto (e.g. artt. 2351 e 2352 c.c.).

¹⁹⁷ Si citano, a titolo non esaustivo, alcuni casi dubbi per i quali l'articolo 2636 c.c. non risulta automaticamente applicabile: contratto di riporto di azioni (rilevante solo se il trasferimento a termine sia accompagnato da un patto con il quale il riportatore si vincoli a votare sulla base delle indicazioni del riportato); l'instestazione fiduciaria (rilevante solo se si configura in concreto come uno strumento volto unicamente ad eludere un divieto di voto in capo al fiduciante). Rimane inoltre dubbia l'applicabilità dell'articolo in commento nell'ipotesi del **mercato del voto** (per alcuni si tratta di una condotta illecita ma non fraudolenta, per altri costituirebbe una forma di corruzione privata).

2637 Aggiotaggio

Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291,36 a euro 619.748,28 e nel massimo da euro 258.228,4 a euro 1.549.370,7.

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque realizzi la condotta; si tratta pertanto di reato comune in quanto non sono richieste specifiche caratteristiche soggettive dell'agente (carica ricoperta o attività lavorativa svolta).

Fattispecie oggettiva del reato: le fattispecie di cui agli artt. 185 TUF e 2637 c.c., connotate da identità della condotta criminosa, si differenziano per l'ambito di applicazione che, nel primo caso, è limitato ai soli strumenti finanziari quotati o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato o in un MTF, mentre nel secondo ha ad oggetto gli strumenti finanziari non quotati e non negoziati in un MTF o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato o in un MTF.

L'illecito in commento può essere realizzato con le seguenti modalità:

- i) diffusione di notizie false;
- ii) realizzazione di operazioni simulate o di altri artifici.

In relazione alla condotta *sub i)*, la diffusione, per essere rilevante, deve raggiungere un numero sufficientemente ampio ed indeterminato di persone; non risultano pertanto rilevanti le comunicazioni effettuate ad una o più persone singolarmente individuate ovvero le comunicazioni rese in via riservata¹⁹⁸. L'informazione diffusa, per essere rilevante, deve configurarsi come una vera e propria notizia, in grado di determinare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari¹⁹⁹ non conforme cioè agli elementi oggettivi del fatto²⁰⁰ (la notizia deve necessariamente essere falsa).

Per quanto concerne invece le operazioni simulate e gli altri artifici (*sub ii)*, si devono intendere sia quelle operazioni che le parti non volevano realizzare in alcun modo sia quelle che presentano una natura giuridica difforme rispetto a quelle effettivamente volute dalle parti²⁰¹.

¹⁹⁸ Di contro, può assumere rilievo la condotta del soggetto agente che effettui la comunicazione in modo solo apparentemente confidenziale ma che confidi nel fatto che colui che venga a conoscenza di tale informazione la sfrutti in modo tale da provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari a cui l'informazione si riferisce.

¹⁹⁹ Risultano irrilevanti i *rumor* e le dicerie incontrollate. Secondo alcuni rileverebbero anche le previsioni di eventi futuri e l'espressione di apprezzamenti, critiche o giudizi essendo sufficiente che l'affermazione, in ragione dell'autorevolezza della fonte e delle circostanze in cui è redatta e i soggetti a cui è diretta, determini la sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari a cui si riferisce.

²⁰⁰ Notizie esagerate e tendenziose possono essere ricondotti sotto la categoria degli "altri artifici".

²⁰¹ Rientrano tra le operazioni simulate, a titolo di esempio, le compravendite di strumenti finanziari che non comportano una reale modifica della proprietà beneficiaria o del rischio di mercato; le negoziazioni orchestrate al fine

Infine, nella categoria degli altri artifici si possono includere tutte quelle operazioni²⁰² che, per le modalità in cui sono posta in essere, le circostanze e l'ambiente al quale sono indirizzate, possiedono una capacità decettiva²⁰³ nei confronti degli investitori e degli operatori di mercato.

Affinché le condotte *sub i)* e *ii)* possano essere punibili è necessario che esse siano:

- concretamente idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo dello strumento finanziario oggetto di tali condotte (*price sensitivity*); oppure
- concretamente idonee ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari.

Elemento soggettivo: dolo generico che si realizza non appena nel soggetto attivo via sia la coscienza e la volontà di porre in essere le condotte illecite descritte dalla norma in commento.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si rinvia a quanto detto in sede di commento dell'articolo 185 TUF, nell'ambito della scheda di reato *ex art. 25-sexies* ("Abusi di mercato").

di dare l'impressione di fluttuazioni del prezzo di uno strumento finanziario; l'immissione contemporanea nel sistema di ordini di vendita e di acquisto di soggetti in collusione tra loro.

²⁰² Alcuni esempi di condotte manipolative riconducibili alla categoria degli altri artifici sono: (i) "*information based manipulation*" (diffusione di notizie false, dotate di particolare credibilità idonee a condizionare il valore del titolo); (ii) "*action based manipulation*" (simulare operazioni per fornire l'apparenza di un mercato attivo); (iii) "*wash sales*" (compravendite a cui non si accompagna un reale trasferimento della proprietà); (iv) "*mached orders*" (acquisti e vendite effettuati per il tramite di più di un intermediario). Inoltre, si ritengono parimenti illecite quelle operazioni non effettuate su titoli ma che abbiano comunque ripercussioni sull'andamento del titolo (*e.g.* riduzione o aumento di dividendi in misura non conforme alle condizioni economiche della società, manipolazione dei dati contabili).

²⁰³ La giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza del reato anche nella pratica di "*marking the close*" che consiste nel concludere contratti nella fase di chiusura della seduta borsistica al fine di registrare un prezzo di chiusura particolarmente elevato tale da fuorviare gli altri investitori nella fase di apertura della seduta successiva. Sembra invece pacifica la liceità di condotte in cui mancano artificiosità e/o profilo ingannatorio come nei casi di "*trade based manipulation*" (compimento di reali scambi sul mercato condotti con l'esclusiva intenzione di vendere strumenti finanziari al momento più opportuno) e "*corner/squize*" (rilevanti acquisti di strumenti finanziari tali da consentire all'acquirente di influire sul valore dei titoli stessi).

2638 Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza *

Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza, o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali nelle comunicazioni alle predette autorità previste in base alla legge, al fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza, espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni, sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria dei sottoposti alla vigilanza ovvero, allo stesso fine, occultano con altri mezzi fraudolenti, in tutto o in parte fatti che avrebbero dovuto comunicare, concernenti la situazione medesima, sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi.

Sono puniti con la stessa pena gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società, o enti e gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni.

La pena è raddoppiata 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 di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

*Rilevano ai fini 231 esclusivamente i commi 1 e 2.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 800 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di reato proprio, possono commettere il reato in commento esclusivamente:

- (i) gli amministratori; e/o
- (ii) i direttori generali; e/o
- (iii) i sindaci; e/o
- (iv) i liquidatori di società o enti; e/o
- (v) i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari²⁰⁴.

Fattispecie oggettiva condotta del reato: l'articolo in commento prevede due distinte fattispecie di reato: false comunicazioni all'autorità di vigilanza²⁰⁵ (di cui al primo comma) e ostacolo alle funzioni delle autorità pubbliche e di vigilanza (di cui al secondo comma).

In relazione alla fattispecie di false comunicazioni alle autorità di vigilanza, si segnala che essa può articolarsi in due distinte modalità di realizzazione:

- a) l'esposizione di fatti non rispondenti al vero²⁰⁶ relativi alla situazione economico-patrimoniale della società;

²⁰⁴ Si veda la nota 104.

²⁰⁵ Ai sensi dell'articolo in commento assumono rilevanza le Autorità che abbiano come scopo istituzionale quello di esercitare una vigilanza, essenzialmente di tipo ispettivo; sono pertanto Autorità di Vigilanza a tutti gli effetti la Banca d'Italia, la Consob, l'ISVAP, la COVIP ecc.

- b) l'occultamento²⁰⁷, anche parziale, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati alle autorità di vigilanza che riguardino la situazione economico-patrimoniale della società;
- c) l'esposizione di fatti non rispondenti al vero relativi ai beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi;
- d) l'occultamento, anche parziale, di fatti che avrebbero dovuto essere comunicati alle autorità di vigilanza che riguardano i beni posseduti o amministrati dalla società per conto terzi.

Per quanto concerne invece la condotta che ostacoli le funzioni delle autorità di vigilanza, l'ostacolo può derivare da qualunque condotta che consista anche nell'omissione di comunicazioni all'Autorità. Si ritiene tuttavia che rilevino i soli ostacoli non irrilevanti e non momentanei.

Elemento soggettivo: per il primo comma consiste nel **dolo specifico** rappresentato dal fine di ostacolare l'esercizio delle funzioni di vigilanza; per il secondo si tratta invece di **dolo generico**.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto che l'attività degli intermediari è regolamentata da Autorità quali Consob e Banca d'Italia, è opportuno rimarcare il generale dovere di collaborazione, di segnalazione e di invio delle comunicazioni obbligatorie²⁰⁸ previste dalla legge.

Il rischio che il reato in commento venga posto in essere si annida in particolar modo nella prestazione di specifici servizi di investimento quali la gestione individuale di portafogli e la custodia/amministrazione titoli.

Al fine di individuare specifici presidi volti a mitigare tale rischiosità, si suggerisce di implementare, laddove non già presenti, procedure volte a:

- definire ruoli e responsabilità nella redazione della documentazione indirizzata alle Autorità di vigilanza in risposta a specifiche richieste e/o controlli delle stesse o in relazione all'invio di informazioni periodiche (segnalazioni di vigilanza); e
- individuare un referente, per esempio all'interno della funzione di *internal audit*, che agisca da tramite con le Autorità stesse; e
- rafforzare gli obblighi di reportistica ai vertici aziendali in presenza di richieste e/o ispezioni delle Autorità di vigilanza;
- investire la funzione *compliance* e/o il legale della responsabilità di verificare la correttezza, formale e contenutistica, delle informazioni comunicate alle Autorità;
- predisporre specifiche sanzioni comminabili nei casi di comunicazione di false informazioni alle Autorità e ostacolo alle funzioni di vigilanza.

²⁰⁶ L'oggetto della falsità è costituito da fatti materiali o valutazioni difformi dalla realtà contenuti nelle comunicazioni, previste dalla legge, alle Autorità di vigilanza.

²⁰⁷ L'occultamento deve avvenire con altri mezzi fraudolenti diversi dalla falsità.

²⁰⁸ Si ricorda che gli intermediari sono tenuti all'invio di dati e notizie ai sensi della nuova delibera Consob n. 17297 "Disposizioni concernenti gli obblighi di comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti da parte dei soggetti vigilati".

ART. 25-QUATER DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01²⁰⁹

Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.

In relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

- a) se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a dieci anni, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote;*
- b) se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni o con l'ergastolo, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.*

Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 si applicano altresì in relazione alla commissione di delitti, diversi da quelli indicati nel comma 1, che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999.

Ai fini dell'art. 25-*quater* rilevano le seguenti fonti normative:

- l'art. 2 della Convenzione di New York del 9 dicembre 1999, ratificata in Italia dalla legge 14 gennaio 2003 n. 7;
- le IX Raccomandazioni Speciali del GAFI;
- la Direttiva europea 2005/60/CE;
- il D.Lgs. 109/2007 e il D.Lgs. 231/2007;
- i seguenti articoli del codice penale:
 - **Art. 270** (*Associazioni sovversive*);
 - **Art. 270-bis** (*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*);
 - **Art. 270-ter** (*Assistenza agli associati*);
 - **Art. 270-quater** (*Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*);
 - **Art. 270-quinquies** (*Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*);
 - **Art. 270-sexies** (*Condotte con finalità di terrorismo*);
 - **Art. 280** (*Attentato per finalità terroristiche o di eversione*);
 - **Art. 280-bis** (*Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi*);
 - **Art. 289-bis** (*Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione*);
 - **Art. 302** (*Istigazione a commettere alcuno dei delitti preveduti dai capi primo e secondo²¹⁰*);
 - **Art. 304** (*Cospirazione politica mediante accordo*);
 - **Art. 305** (*Cospirazione politica mediante associazione*);

²⁰⁹ L'articolo è stato introdotto nel D.Lgs. 231/01 dall'art. 3 della legge n. 7/2003 di ratifica della Convenzione internazionale di New York per la repressione del finanziamento del terrorismo del 9 dicembre 1999.

²¹⁰ Rispettivamente "Dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato" e "Dei delitti contro la personalità interna dello Stato".

- **Art. 306** (*Banda armata: formazione e partecipazione*);
- **Art. 307** (*Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata*).

REATI PRESUPPOSTO

Art. 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999 (traduzione)

Commette un reato ai sensi della presente Convenzione chiunque con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, illegalmente e intenzionalmente, fornisce o raccoglie fondi con l'intento di utilizzarli o sapendo che sono destinati ad essere utilizzati, integralmente o parzialmente, al fine di compiere:

*(a) un atto che costituisce reato ai sensi di e come definito in uno dei trattati elencati nell'allegato; ovvero
(b) qualsiasi altro atto diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non ha parte attiva in situazioni di conflitto armato, quando la finalità di tale atto, per la sua natura o contesto, è di intimidire un popolazione, o obbligare un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o a astenersi dal compiere qualcosa.*

*Nel depositare i suoi strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, uno Stato Parte che non aderisca ad uno dei trattati enumerati nell'allegato può dichiarare che, nell'applicazione di questa Convenzione allo Stato Parte, il trattato deve essere ritenuto come non incluso nell'allegato di cui al comma 1, alinea (a). La dichiarazione deve cessare di avere effetto non appena il trattato entra in vigore nello Stato Parte, che ne deve dare notifica al depositario;
(b) quando uno Stato Parte cessa di far parte di uno dei trattati enumerati nell'allegato, può rendere una dichiarazione in merito al trattato come previsto da questo articolo.*

*3. Perché un atto costituisca uno dei reati di cui al comma 1, non è necessario che i fondi siano effettivamente utilizzati per compiere uno dei reati di cui al comma 1, alinea (a) o (b).
Commette ugualmente reato chiunque tenti di commettere il reato previsto al comma 1 di questo articolo.*

Commette altresì un reato chiunque:

(a) prenda parte in qualità di complice al compimento di un reato secondo quanto previsto dai commi 1 o 4 del presente articolo;

(b) organizzi o diriga altre persone al fine di commettere un reato di cui ai commi 1 o 4 del presente articolo;

(c) contribuisca al compimento di uno o più reati, come previsto dai commi 1 o 4 del presente articolo, con un gruppo di persone che agiscono con una finalità comune. Tale contributo deve essere intenzionale e:

(i) deve essere compiuto al fine di facilitare l'attività o la finalità criminale del gruppo, laddove tale attività o finalità implicino la commissione di un reato secondo quanto previsto dal comma 1 del presente articolo; o

(ii) deve essere fornito con la piena consapevolezza che l'intento del gruppo è di compiere un reato, secondo quanto previsto dal comma 1 del presente articolo.

La Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 configura per la prima volta il finanziamento del terrorismo come autonomo reato: l'elemento oggettivo di tale reato consiste nella fornitura o raccolta di fondi da impiegare in attività terroristiche, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, illegalmente e intenzionalmente. L'elemento soggettivo consiste nel dolo specifico inteso come volontà di porre in essere il finanziamento con la consapevolezza che i fondi verranno utilizzati per sostenere atti di terrorismo internazionale²¹¹ e/o causare morte o gravi lesioni fisiche alle persone, al fine di intimidire la

²¹¹ Tra le convenzioni richiamate all'art. 2, comma 1, lett. a) della Convenzione di New York e riguardanti singole tipologie di atti di terrorismo si ricordano la convenzione sui reati e altre azioni illecite commesse a bordo di aeromobili, firmata a Tokio il 14 settembre 1963 ed entrata in vigore per l'Italia il 18 ottobre 1965; la convenzione per la soppressione del sequestro illecito di aeromobili, firmata all'Aja il 16 dicembre 1970 e ratificata con la L. 22 ottobre 1973, n. 906; la convenzione per la soppressione degli atti illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile, firmata a Montreal il 23 settembre 1971 e ratificata con la L. 22 ottobre 1973 n. 906; la convenzione per la prevenzione e la repressione dei crimini commessi contro le persone internazionalmente protette, inclusi gli agenti diplomatici, adottata dall'ONU il 14 dicembre 1973 e ratificata con la l. 25 marzo 1985, n. 107; la convenzione per la protezione fisica dei materiali nucleari, firmata a Vienna nel marzo del 1980 e ratificata con la L. 7 agosto 1982, n. 704; la Convenzione per la soppressione degli attacchi illeciti compiuti contro la sicurezza della navigazione marittima, firmata a Roma il 10 marzo 1988, ratificata con la L. 28 dicembre 1989 n. 422; la Convenzione internazionale per la

popolazione o obbligare uno Stato o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere qualcosa.

La Convenzione invita gli Stati che sono parte del trattato internazionale ad introdurre nel proprio sistema penale il reato di finanziamento del terrorismo, come definito all'art. 2, comma 1. Inoltre precisa che tale reato si configura anche in caso di mancata realizzazione dell'atto terroristico o nel caso in cui ci sia solo il tentativo di commissione. Sono altresì puniti, ai sensi del medesimo art. 2, coloro che:

- concorrono nel compimento in qualità di complici;
- organizzano o dirigano altre persone al fine di commettere il reato;
- contribuiscono al compimento come membro di un gruppo che ha una finalità comune.

Sulle misure di contrasto al finanziamento del terrorismo da adottarsi, la Convenzione prevede, oltre all'introduzione del reato stesso nel sistema penale, l'identificazione, la rilevazione, il congelamento o il sequestro di tutti i fondi utilizzati o destinati ad essere utilizzati per commettere atti terroristici (art. 8, comma 1). Tale misura è concepita non come una misura preventiva che possa essere applicata in relazione ai fondi di tutti i presunti terroristi ma come misura sanzionatoria attuata a seguito dell'avvenuto accertamento della commissione del reato.

Quanto alle misure di carattere preventivo la Convenzione prevede, all'art. 18, comma 1, lett. b), che gli Stati impongano agli istituti finanziari e alle altre categorie professionali che intervengono nelle transazioni finanziarie di *"utilizzare i mezzi più efficienti disponibili per identificare i loro clienti abituali o occasionali, nonché i clienti nel cui interesse vengono aperti conti; di prestare particolare attenzione a transazioni anomale o sospette e di segnalare le operazioni sospette derivanti da attività criminose"*²¹².

Le indicazioni fornite dalla Convenzione in materia di finanziamento del terrorismo hanno trovato un riscontro concreto nelle IX Raccomandazioni speciali sul finanziamento al terrorismo elaborate dal GAFI²¹³ nell'ottobre 2001 (riviste nell'ottobre 2004).

In particolare, anche a seguito dei drammatici avvenimenti dell'11 settembre 2001, le Raccomandazioni Speciali invitano gli Stati a: (i) attivarsi immediatamente per ratificare e dare attuazione agli strumenti definiti dall'ONU; (ii) introdurre il reato di finanziamento del terrorismo; (iii) congelare e confiscare i beni di pertinenza di terroristi; (iv) fornire la massima assistenza agli organi investigativi e di vigilanza di altri paesi nella lotta al terrorismo; (v) estendere i presidi antiriciclaggio ai soggetti che esercitano l'attività di trasferimento di fondi (*money transfer*); (vi) rafforzare l'identificazione della clientela nelle procedure di *wire transfers*; (vii) prevenire il possibile uso di enti e soggetti *no-profit* per finalità di terrorismo; (viii) prevedere opportune misure atte ad monitorare i movimenti *cross-border* di contante o altri strumenti al

soppressione degli atti di terrorismo a mezzo bombe, adottata dall'ONU il 15 dicembre 1997 e ratificata con la L. 14 febbraio 2003, n. 34.

²¹² L'art. 18, comma 1, lett. b) dispone che gli Stati aderenti prevedano:

"(i) di adottare regolamenti che vietino l'apertura di conti con titolari o beneficiari non identificati o non identificabili e misure in grado di garantire che tali istituti verifichino l'identità dei titolari reali di tali operazioni;

(ii) per quanto riguarda l'identificazione di persone giuridiche, di esigere dagli istituti finanziari, se necessario, l'adozione di misure adeguate per accertare l'esistenza e la figura giuridica del cliente al fine di ottenere, sia dal registro pubblico che dal cliente, ovvero da entrambi, la prova della costituzione in società comprendente, in particolare, le informazioni relative al nome del cliente, alla forma giuridica, all'indirizzo, ai dirigenti e alle disposizioni che disciplinano il potere contrattuale della persona giuridica;

(iii) di adottare regolamenti che impongano agli istituti finanziari l'obbligo di notificare immediatamente alle autorità competenti tutte le operazioni complesse, anomale, di una certa importanza, nonché tutte le modalità inconsuete di transazione, quando non hanno alcun fine economico o lecito apparente, senza timore di assumersi responsabilità civili o penali per violazione alle regole di riservatezza, se i sospetti vengono notificati in buona fede".

²¹³ Il GAFI (Gruppo d'azione finanziaria internazionale contro il riciclaggio di capitali) è un organismo intergovernativo che elabora e promuove strategie di lotta al riciclaggio di capitali e al finanziamento del terrorismo.

portatore; (ix) disciplinare i poteri di fermo e confisca dei fondi sospetti di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo²¹⁴. Le misure previste dal GAFI non sono vincolanti per gli Stati, tuttavia è stato previsto un sistema di “mutua valutazione” per verificare che gli Stati parte dell’organizzazione si attivino al fine di adottare le misure raccomandate; gli Stati che risultano non cooperativi sono inseriti in una lista (“*Non Cooperative Countries and Territories*”) e ad essi sono applicati una serie di controlli più stringenti.

In attuazione del principio di cooperazione internazionale quale strumento principale per il contrasto al fenomeno del finanziamento del terrorismo, l’Unione Europea ha recepito, in un atto vincolante per gli Stati membri, le raccomandazioni del GAFI, emanando la Direttiva 2005/60/CE, che ha imposto l’introduzione in ciascuno Stato membro degli opportuni adeguamenti per adempiere agli obblighi previsti dalla Direttiva.

Nel contempo, sempre in ambito comunitario, sono stati emanati una serie di regolamenti immediatamente applicabili nel territorio dell’Unione Europea tra i quali si richiamano:

- il **Regolamento CE n. 2580 del 27 dicembre 2001** recante misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo;
- il **Regolamento CE n. 881 del 27 maggio 2002** recante misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talibani;
- il **Regolamento CE n. 1889 del 26 ottobre 2005** recante disposizioni per i controlli sul denaro contante in entrata nella Comunità o in uscita da essa;
- il **Regolamento CE n. 1781 del 15 novembre 2006** che, nel trasferimento di fondi, impone l’obbligo di comunicare anche i dati informativi relativi all’ordinante;
- il **Regolamento CE n. 423 del 19 aprile 2007**, come modificato dal Regolamento CE n. 1110 del 10 novembre 2008, recante misure restrittive nei confronti dell’Iran.

In ambito nazionale è stata ratificata la Convenzione di *New York* con la legge 14 gennaio 2003 n. 7, che ha introdotto il reato di finanziamento del terrorismo nel sistema penale italiano mediante il nuovo art. 270-*bis* (per un approfondimento vedi oltre).

Inoltre l’Italia ha recepito le disposizioni sul finanziamento del terrorismo contenute nella Direttiva 2005/60/CE mediante il D.Lgs. 22 giugno 2007, n. 109, recante “*Misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l’attività dei paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva n. 60/2005*” e il D.Lgs. 231/2007 relativo alla “*Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione.*”.

L’art. 1, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 109/2007 definisce il finanziamento del terrorismo come “*qualsiasi attività diretta, con qualsiasi mezzo, alla raccolta, alla provvista, all’intermediazione, al deposito, alla custodia o all’erogazione di fondi o di risorse economiche, in qualunque modo realizzati, destinati ad essere, in tutto o in parte, utilizzati al fine di compiere uno o più delitti con finalità di terrorismo o in ogni caso diretti a favorire il compimento di uno o più delitti con finalità di terrorismo previsti dal codice penale, e ciò indipendentemente dall’effettivo utilizzo dei fondi e delle risorse economiche per la commissione dei delitti anzidetti*”.

Tale decreto dispone, in particolare, l’obbligo per gli intermediari di congelare i fondi e le risorse economiche di soggetti designati in regolamenti comunitari e di comunicare alla UIF (e al Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della GdF in caso di risorse economiche) le misure di congelamento adottate.

²¹⁴ “*Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*”, Quaderni di Ricerca Giuridica – Banca d’Italia febbraio 2008.

Il D.Lgs. 231/2007, recependo quanto previsto dalla Direttiva 2005/60/CE in relazione alla segnalazione delle operazioni sospette, impone agli intermediari l'obbligo di segnalare senza ritardo all'UIF le operazioni individuate anche sulla base degli indicatori di anomalia emanati dall'Autorità stessa.

Art. 270-bis c.p. Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico²¹⁵

Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria:

- se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a 10 anni, la sanzione pecuniaria va da 200 a 700 quote, cioè nel minimo da euro 51.645,69 a euro 309.874,14 e nel massimo da euro 180.759,88 a euro 1.084.559,49;
- se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a 10 anni o all'ergastolo, la sanzione pecuniaria va da 400 a 1000 quote, cioè nel minimo da euro 103.291,36 a euro 619.748,28 e nel massimo da euro 258.228,4 a euro 1.549.370,7;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive e la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, cittadino o straniero, purché agisca nel territorio dello Stato. L'associazione presuppone la presenza di una collettività di individui stabilmente vincolati per il perseguimento di un programma delittuoso comune, seppur generico.

Esistono diversi tipi di aderenti all'associazione:

- il promotore, che prende l'iniziativa per creare l'associazione e comunica il programma sociale ai terzi;
- l'organizzatore, che crea l'associazione reclutando il personale e reperendo i mezzi;
- il direttore, che ha funzioni di guida e gestione dei compiti altrui;
- il partecipante, che, condividendo finalità e obiettivi dell'associazione, compie, anche temporaneamente, attività di ordine esecutivo volte al perseguimento degli obiettivi sociali;
- il finanziatore, che pone in essere un'attività volta "con qualsiasi mezzo, alla raccolta, alla provvista, all'intermediazione, al deposito, alla custodia o all'erogazione di fondi o di risorse economiche, in qualunque modo realizzati, destinati ad essere, in tutto o in parte, utilizzati al fine di compiere uno o più delitti con finalità di terrorismo o in ogni caso diretti a favorire il compimento di uno o più delitti

²¹⁵ Come modificato dal decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374, recante "Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale", convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438.

con finalità di terrorismo previsti dal codice penale, e ciò indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi e delle risorse.” (art. 1, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 109/2007 sopra richiamato).

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta è diretta a promuovere, costituire, organizzare, dirigere, partecipare o finanziare associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Tali associazioni sono caratterizzate da un programma di violenza, consistente in qualsiasi illegittima estrinsecazione di energie psichiche o fisiche contro persone o cose, non necessariamente attraverso l'uso di armi.

Si tratta di un reato di pericolo presunto perché la norma punisce il solo fatto della promozione, costituzione, organizzazione, direzione, partecipazione o finanziamento dell'associazione, indipendentemente dal compimento degli atti criminosi rientranti nel programma violento; tuttavia si ritiene che la struttura organizzativa debba presentare un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso. Per “programma” si intende infatti “l'insieme di propositi concreti e attuali di violenza e non posizioni meramente ideologiche che, di per sé, ricevono tutela proprio dall'ordinamento democratico e pluralistico che contrastano”²¹⁶. Se, infatti, venisse colpito il solo fatto dell'adesione ad un'astratta ideologia, si finirebbe per reprimere idee, non fatti, potendo al limite configurarsi il reato di cospirazione politica mediante accordo di cui all'art. 304 c.p.²¹⁷.

Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 270-bis la maggiore o minore durata del rapporto associativo è irrilevante posto che, come detto poc'anzi, si tratta di reato di pericolo che richiede solo l'esistenza di un'associazione con fini di eversione dell'ordine democratico, con il compimento di atti di violenza strumentalmente diretti alla realizzazione del programma di sovversione²¹⁸.

Il decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625 (convertito con legge 6 febbraio 1980 n. 15), recante “Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica”, prevede una circostanza aggravante per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato.

Non si ritiene applicabile la circostanza attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale di cui all'art. 62 n. 1 c.p.²¹⁹; mentre la circostanza attenuante della lieve entità del fatto, di cui all'art. 311 c.p., deve essere riferita alla complessiva pericolosità dell'associazione e non del singolo aderente²²⁰.

Presupposti per la configurabilità del reato: eversione dell'ordine democratico o finalità di eversione.

L'“eversione dell'ordine democratico” si identifica con il fine di sovvertire l'assetto costituzionale esistente e travolgere l'assetto pluralistico e democratico dello Stato, disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale²²¹.

Il perseguimento della finalità di terrorismo si esplica nella programmazione di fatti di aggressione “a vittima indiscriminata”, cioè diretti potenzialmente a colpire un numero indeterminato di persone, al fine di generare panico nella collettività. Per la definizione di “condotta con finalità di terrorismo” si fa rinvio al commento *sub* art. 270-sexies.

Elemento soggettivo: dolo specifico costituito dalla coscienza e volontà del fatto (promozione, costituzione, direzione, organizzazione o finanziamento di un'associazione con programma di violenza, ovvero partecipazione), accompagnate dalle finalità di eversione e terrorismo²²².

²¹⁶ Cass. Sez. I, 15-06-2006 - 1-09-2006 n. 30824.

²¹⁷ Cass. Sez. I, 11-10-2006 - 17-01-2007 n. 1072.

²¹⁸ Cass. Sez. VI, 10-02-1998 - 13-03-1998 n. 3241.

²¹⁹ Cass. Sez. I, 22-01-1991.

²²⁰ Cass. Sez. I, 28-11-1985.

²²¹ Cass. Sez. I, 11-07-1987 n. 11382.

²²² Cass., 17-01-2007 n. 1152.

Art. 270-sexies del c.p. Condotte con finalità di terrorismo

Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D.LGS. N. 231/01**Sanzione pecuniaria:**

- se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a 10 anni, la sanzione pecuniaria va da 200 a 700 quote, cioè nel minimo da 51.645,69 a 309.874,14 € e nel massimo da 180.759,88 a 1.084.559,49 €;
- se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a 10 anni o all'ergastolo, la sanzione pecuniaria va da 400 a 1000 quote, cioè nel minimo da 103.291,36 a 619.748,28 € e nel massimo da 258.228,4 a 1.549.370,7 €;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive e la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

La norma, introdotta nell'ordinamento dall'art. 15 del decreto legge 27 luglio 2005 n. 144 (convertito con legge 155/2005) offre una definizione di "condotta con finalità di terrorismo" desunta in parte dalla decisione quadro 13 giugno 2002 n. 475 del Consiglio dell'Unione europea e in parte con un rinvio operato alle nozioni contenute nelle convenzioni e nelle altre norme internazionali.

La definizione di "condotta con finalità di terrorismo" sopra menzionata non specifica nulla circa la qualità della vittima (civile o militare). Secondo il diritto internazionale, deve trattarsi di una vittima civile o comunque una persona che, in situazioni di conflitto armato, non prenda parte attiva alle ostilità; tuttavia nelle prime applicazioni giurisprudenziali sono stati annoverati tra gli atti di terrorismo anche gli atti di violenza commessi durante un conflitto armato rivolti contro un obiettivo militare, quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe e inevitabili le gravi conseguenze anche in danno della vita e incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere il panico nella collettività (si pensi, ad esempio, all'azione suicida di un kamikaze nel contesto di un conflitto armato).

Perché si realizzino le condizioni di cui all'art- 270-sexies occorre che la condotta posta in essere sia idonea a danneggiare gravemente un Paese o un'organizzazione internazionale (tenendo conto di tutte le circostanze realmente esistenti in concreto), senza che sia necessaria la verifica del grave danno.

La condotta deve essere caratterizzata dal dolo specifico che può assumere tre diverse forme alternative:

1. intimidazione della popolazione. In tal caso è sufficiente che l'autore del reato persegua lo scopo di spargere terrore tra parti significative della popolazione (e non presso la totalità di essa);
2. costrizione dei poteri pubblici o di un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto. Tale scopo può essere perseguito in vari modi, come ad esempio con sequestri, attentati, ecc;
3. destabilizzazione o distruzione delle strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale.

L'esplicito richiamo, contenuto nell'ultimo comma dell'articolo in commento, a "le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia" fa sì che la definizione di "condotte con finalità di terrorismo" di cui all'art. 270-sexies costituisca una definizione aperta, destinata ad estendersi o restringersi per effetto non solo delle convenzioni internazionali già ratificate, ma anche di quelle future alle quali sarà prestata adesione. Tale meccanismo assicura, così, l'automatica armonizzazione degli ordinamenti degli Stati della comunità internazionale in vista di un'azione comune di repressione del terrorismo transazionale.

Ai fini della responsabilità dell'ente ciò che rileva sono le attività di finanziamento del terrorismo, oggetto delle fonti normative sin qui descritte. Tuttavia, per completezza, si riportano qui di seguito i testi degli articoli del codice penale che, pur affrontando il tema del terrorismo, si considerano poco rilevanti al fine di un'eventuale coinvolgimento degli intermediari. A tali reati sono estendibili le considerazioni sin qui svolte.

Art. 270 c.p. Associazioni sovversive

Chiunque nel territorio dello Stato promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni dirette e idonee a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Chiunque partecipa alle associazioni di cui al primo comma è punito con la reclusione da uno a tre anni.

Le pene sono aumentate per coloro che ricostituiscono, anche sotto falso nome o forma simulata, le associazioni di cui al primo comma, delle quali sia stato ordinato lo scioglimento.

Art. 270-ter c.p. Assistenza agli associati

Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano alle associazioni indicate negli articoli 270 e 270-bis è punito con la reclusione fino a quattro anni.

La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuativamente.

Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto.

Art. 270-quater c.p. Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

Art. 270-quinquies c.p. Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di

violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata.

Art. 280 c. p. Attentato per finalità terroristiche o di eversione

Chiunque per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attenta alla vita od alla incolumità di una persona, è punito, nel primo caso, con la reclusione non inferiore ad anni venti e, nel secondo caso, con la reclusione non inferiore ad anni sei.

Se dall'attentato alla incolumità di una persona deriva una lesione gravissima, si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni diciotto; se ne deriva una lesione grave, si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni dodici.

Se i fatti previsti nei commi precedenti sono rivolti contro persone che esercitano funzioni giudiziarie o penitenziarie ovvero di sicurezza pubblica nell'esercizio o a causa delle loro funzioni, le pene sono aumentate di un terzo.

Se dai fatti di cui ai commi precedenti deriva la morte della persona si applicano, nel caso di attentato alla vita, l'ergastolo e, nel caso di attentato alla incolumità, la reclusione di anni trenta.

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al secondo e al quarto comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

Art. 280-bis c.p. Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque per finalità di terrorismo compie qualsiasi atto diretto a danneggiare cose mobili o immobili altrui, mediante l'uso di dispositivi esplosivi o comunque micidiali, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

Ai fini del presente articolo, per dispositivi esplosivi o comunque micidiali si intendono le armi e le materie ad esse assimilate indicate nell'articolo 585 e idonee a causare importanti danni materiali.

Se il fatto è diretto contro la sede della Presidenza della Repubblica, delle Assemblee legislative, della Corte costituzionale, di organi del Governo o comunque di organi previsti dalla Costituzione o da leggi costituzionali, la pena è aumentata fino alla metà.

Se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica ovvero un grave danno per l'economia nazionale, si applica la reclusione da cinque a dieci anni.

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui al terzo e al quarto comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

Art. 289-bis c.p. Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione

Chiunque, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico sequestra una persona è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni.

Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta.

Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo.

Il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà è punito con la reclusione da due a otto anni; se il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da otto a diciotto anni.

Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non

può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma.

Art. 302 c.p. Istigazione a commettere alcuno dei delitti preveduti dai capi primo e secondo

Chiunque istiga taluno a commettere uno dei delitti, non colposi, preveduti dai capi primo e secondo di questo titolo, per i quali la legge stabilisce la pena di morte o l'ergastolo o la reclusione, è punito, se l'istigazione non è accolta, ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, con la reclusione da uno a otto anni.

Tuttavia, la pena da applicare è sempre inferiore alla metà della pena stabilita per il delitto al quale si riferisce l'istigazione.

Art. 304 c.p. Cospirazione politica mediante accordo

Quando più persone si accordano al fine di commettere uno dei delitti indicati nell'articolo 302, coloro che partecipano all'accordo sono puniti, se il delitto non è commesso, con la reclusione da uno a sei anni.

Per i promotori la pena è aumentata.

Tuttavia, la pena da applicare è sempre inferiore alla metà della pena stabilita per il delitto al quale si riferisce l'accordo.

Art. 305 c.p. Cospirazione politica mediante associazione

Quando tre o più persone si associano al fine di commettere uno dei delitti indicati nell'articolo 302, coloro che promuovono, costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da cinque a dodici anni.

Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da due a otto anni.

I capi dell'associazione soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.

Le pene sono aumentate se l'associazione tende a commettere due o più dei delitti sopra indicati.

Art. 306 c.p. Banda armata: formazione e partecipazione

Quando, per commettere uno dei delitti indicati nell'articolo 302, si forma una banda armata, coloro che la promuovono o costituiscono od organizzano, soggiacciono, per ciò solo, alla pena della reclusione da cinque a quindici anni.

Per il solo fatto di partecipare alla banda armata, la pena è della reclusione da tre a nove anni.

I capi o i sovventori della banda armata soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.

Art. 307 c.p. Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata

Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano all'associazione o alla banda indicate nei due articoli precedenti, è punito con la reclusione fino a due anni.

La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuatamente.

Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto.

Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Come anticipato in premessa, la responsabilità amministrativa per gli intermediari può manifestarsi con riguardo all'eventuale coinvolgimento degli enti stessi nelle attività di finanziamento di atti terroristici.

Infatti nelle tecniche di finanziamento del terrorismo (c.d. *money dirtying*) si possono individuare tre fasi²²³:

1. la raccolta ("*collection*"), nella quale i fondi, molto spesso di natura e origine illecita, raggiungono un collettore principale;
2. la trasmissione o occultamento ("*transmission and dissimulation*"), mediante la quale i terroristi si adoperano per dissimulare le finalità ultime dei movimenti di capitale;
3. l'impiego ("*use*"), nella quale il denaro o i beni vengono materialmente impiegati per il compimento di atti terroristici.

Le organizzazioni terroristiche, più che produrre profitti illeciti che devono essere ripuliti (attività che configura il reato di riciclaggio) necessitano di apporti finanziari che possono essere raccolti sia attraverso attività illegali sia mediante attività del tutto lecite²²⁴. In altre parole, nel reato di finanziamento del terrorismo, il disvalore penale della condotta non è da ricercarsi nell'origine del denaro - non necessariamente sporco - ma nell'impiego o nella destinazione dello stesso, indirizzandolo a sostegno di atti o di organizzazioni terroristiche²²⁵.

In genere i fondi utilizzati dai terroristi sono raccolti in Paesi diversi da quelli scelti come obiettivi per le loro azioni e movimentati da una parte all'altra del globo, attraverso le più moderne tecnologie informatiche (*on-line banking*, sistemi di *cyber-payment*, *smart cash*, *e-cash*, etc)²²⁶.

Ciò premesso, si ritiene che la responsabilità amministrativa dell'ente possa concretamente ravvisarsi in presenza di soggetti apicali/dipendenti/soggetti a questi ultimi equiparati che forniscano un supporto ai terroristi nell'effettuazione delle movimentazioni necessarie alla realizzazione delle fasi sopra descritte di trasmissione/occultamento e impiego di denaro e/o beni per il sovvenzionamento di atti terroristici.

Il supporto da parte dei soggetti apicali/dipendenti/soggetti a questi ultimi equiparati conniventi può concretizzarsi, ad esempio: (i) nella fornitura di finanziamenti, oppure (ii) nell'incrementazione delle risorse finanziarie destinate al sostentamento delle attività terroristiche mediante, ad esempio, la fornitura di un servizio di gestione di portafogli o di esecuzione per conto terzi.

Si pensi a persone fisiche o società collegate ad organizzazioni terroristiche (sulla base di rapporti di *private banking* con banche o intermediari situati *off-shore*) che richiedano operazioni di *short-selling* al fine di effettuare investimenti altamente redditizi e totalmente coperti da anonimato mediante vendita sul mercato, da parte degli intermediari, di particolari tipi di azioni avute in prestito allo scopo di riacquistarle in una data successiva e ad un prezzo inferiore, speculando così sul profitto che risulta dalla perdita di valore del titolo, per poi restituirle al proprietario²²⁷.

Pertanto gli intermediari, al fine di sottrarsi alla responsabilità ex 231/01, sono tenuti a:

²²³ Razzante –Ramunno, "*Riciclaggio e Finanziamento al terrorismo di matrice islamica*", 2007.

²²⁴ Infatti, non a caso, rispetto alla prima definizione di terrorismo contenuta nella Convenzione di New York, nelle norme italiane di recepimento è stato eliminato il termine "illegittimamente" (*unlawfully*), in ragione appunto della possibile provenienza lecita dei fondi utilizzati per il finanziamento del terrorismo.

²²⁵ "*Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*", Quaderni di Ricerca Giuridica – Banca d'Italia febbraio 2008.

²²⁶ Razzante –Ramunno, "*Riciclaggio e Finanziamento al terrorismo di matrice islamica*", 2007.

²²⁷ Francesco Zamponi, "*Il finanziamento del terrorismo internazionale: fattispecie e strumenti di contrasto*".

1. applicare scrupolosamente gli obblighi di adeguata verifica della clientela, previsti dal D.Lgs. 231/2007, commisurati al tipo di rischio associato al cliente o prodotto di cui trattasi (*Risk Based Approach*²²⁸). I dati raccolti andranno confrontati con le liste di soggetti designati predisposte a livello internazionale ed europeo tra le quali si segnalano:
 - le **liste ONU** (*The Consolidated List established by the Security Council Committee with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them*);
 - le **liste comunitarie** (*The Consolidated list of persons, groups and entities subject to EU related financial sanctions*);
 - **la lista OFAC (Office of Foreign Asset Control) del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti (Specially Designated National List)**;
2. predisporre adeguamenti delle procedure antiriciclaggio che consentano di rintracciare, oltre ai capitali illeciti utilizzati a fini di riciclaggio, anche i fondi di origine lecita ma destinati allo scopo illecito di finanziare il terrorismo. A tal fine occorre ad esempio intensificare i controlli su obiettivi sensibili quali i servizi di trasferimento di denaro (*money transfer*) e le organizzazioni *no profit*;
3. effettuare dei controlli sull'operato di dipendenti e collaboratori esterni (i sistemi informatici devono individuare i parametri sulla base dei quali l'intermediario deve essere in grado di rilevare con tempestività le eventuali anomalie, da valutare anche alla luce dei comportamenti tenuti dai soggetti stessi);
4. segnalare le operazioni sospette, individuate anche mediante l'utilizzo degli indicatori di anomalia del finanziamento del terrorismo, contenuti nell'apposita sezione del Provvedimento di Banca d'Italia del 24 agosto 2010;
5. attuare le misure di congelamento dei fondi e delle risorse economiche in presenza delle condizioni previste nel D.Lgs. 109/2007, dandone opportuna informazione all'UIF;
6. predisporre adeguati programmi di *training* al fine di informare il personale sulle possibili forme di attuazione del finanziamento al terrorismo.

²²⁸ Per un approfondimento sull'argomento cfr. linee-guida Assosim per la valutazione del rischio riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

ART. 25-QUINQUIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Delitti contro la personalità individuale

1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per i delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote;

b) per i delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, e 600-quinquies, la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;

c) per i delitti di cui agli articoli 600-bis, secondo comma, 600-ter, terzo e quarto comma, e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote.

2. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, lettere a) e b), si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

3. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25-quinquies del D.Lgs. n. 231/01 sono:

art. 600

art. 600-bis

art. 600-ter

art. 600-quater

art. 600-quater.1

art. 600-quinquies

art. 601

art. 602

REATI PRESUPPOSTO

Art. 600 Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù

Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 258.228 a euro 1.550.000;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: il primo comma delinea un reato a forma libera; rileva pertanto qualunque azione volta a ridurre o mantenere una persona in uno stato di soggezione continuativa. Per il secondo comma invece, lo stato di soggezione continuativa deve essere instaurato attraverso la violenza, la minaccia, l'inganno, l'abuso di autorità o l'approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sul soggetto passivo.

Per schiavitù deve intendersi lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi²²⁹.

Elemento soggettivo: dolo generico che si sostanzia nella coscienza e nella volontà di esercitare sul soggetto passivo una sorta di diritto di proprietà.

²²⁹ La definizione di schiavitù può essere rintracciata all'art. 1 della Convenzione concernente la schiavitù (Ginevra, 25 settembre 1926).

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

In relazione all'attività degli intermediari, il rischio connesso al reato in commento risiede nel concorso esterno realizzato, nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente, da un soggetto apicale, dipendente e/o altro soggetto equiparato. In ogni caso, appare improbabile che, nei casi di concorso esterno, possa ravvisarsi vantaggio e/o interesse dell'ente.

Tuttavia si osserva come l'adozione di presidi "standard", volti a accertare/verificare l'affidabilità e la reputazione (onorabilità) dei clienti/fornitori/consulenti, costituisce un valido presidio anche al fine della prevenzione del reato in commento. A tal proposito si richiamano i seguenti presidi:

- procedura per l'adeguata verifica dell'identità di quei soggetti che intrattengono rapporti di varia natura con l'intermediario, *e.g.* clienti, fornitori, consulenti, anche mediante la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla loro reputazione e affidabilità (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- procedura che garantisca la trasparenza nella selezione dei fornitori/consulenti/controparti commerciali anche mediante la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla loro reputazione e affidabilità (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*);
- tracciabilità delle fasi dei processi decisionali (inclusi processi di finanziamento) relativi a clienti/fornitori/consulenti/controparti commerciali (vedi scheda di reato *ex art. 25-octies*).

Ciascun intermediario adotta quei presidi, tra quelli sopra descritti, che ritiene più opportuni tenendo conto delle peculiarità della struttura organizzativa e delle attività svolte.

Art. 601 Tratta di persone

Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 258.228 a euro 1.550.000;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma reca due distinte fattispecie delittuose:

- (i) tratta di persone che si trovino in condizione di schiavitù o servitù; e
- (ii) induzione o costrizione di persone all'ingresso, soggiorno, trasferimento/abbandono del territorio dello Stato al fine di ridurre o mantenere in schiavitù/servitù tali soggetti.

La condotta *sub i)* si caratterizza per l'abitualità del comportamento che deve pertanto configurarsi come una vera e propria attività commerciale dotata di un'organizzazione imprenditoriale.

Le condotte *sub ii)* si configurano invece come prodromiche al compimento del reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù di cui all'art. 600 c.p.; il reato ci considera pertanto consumato nel momento in cui è prestata l'induzione e/o la costrizione volta a determinare l'ingresso, il soggiorno, il trasferimento/abbandono del territorio dello Stato, senza che il reato *ex art. 600* venga effettivamente commesso.

Elemento soggettivo: la fattispecie delittuosa *sub i)* richiede il **dolo generico**, consistente nella coscienza e volontà di compiere attività di commercio in relazione a soggetti ridotti in schiavitù/servitù. L'ipotesi *ii)* invece richiede il **dolo specifico** in quanto le attività descritte sono finalizzate alla commissione del reato di cui all'art. 600 c.p.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati in relazione all'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù).

Art. 602 Acquisto e alienazione di schiavi

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 258.228 a euro 1.550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta di reato si sostanzia nell'alienazione, da intendersi come il trasferimento del dominio sul soggetto passivo a fronte di un corrispettivo, e/o nella cessione, ovvero sia nel trasferimento senza controprestazione (anche a titolo gratuito), di una persona che versa in stato di schiavitù/servitù. Si noti che entrambe le parti contrattuali sono perseguibili.

Elemento soggettivo: dolo generico che si sostanzia nella conoscenza e nella volontà di alienare, acquistare, cedere o impossessarsi di soggetti che si trovano già in uno stato di schiavitù/servitù.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati in relazione all'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù).

Art. 600-bis Prostituzione minorile *

Chiunque induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisce o sfrutta la prostituzione è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.493 a euro 154.937.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di denaro o di altra utilità economica, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 5.164.

Nel caso in cui il fatto di cui al secondo comma sia commesso nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni sedici, si applica la pena della reclusione da due a cinque anni.

Se l'autore del fatto di cui al secondo comma è persona minore di anni diciotto si applica la pena della reclusione o della multa, ridotta da un terzo a due terzi.

*Rilevano ai fini 231 esclusivamente i commi 1 e 2.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Per il comma 1

Sanzione pecuniaria: da 300 a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.497;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per il comma 2

Sanzione pecuniaria: da 200 a 700 quote cioè nel minimo da euro 51.646 a euro 309.874 e nel massimo da euro 180.759 a euro 1.084,559;

sanzioni interdittive: se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte di reato sono costituite da:

- (i) sfruttamento, induzione, favoreggiamento della prostituzione²³⁰ minorile;
- (ii) consumazione dell'atto sessuale con il minore di età compresa tra 14 e 18 anni.

Il delitto di cui al punto i) si configura come non abituale, essendo sufficiente una singola condotta per integrarne gli estremi. Per sfruttamento si deve intendere l'attività di quel soggetto che, sfruttando la

²³⁰ La prostituzione può essere definita come commercio del proprio corpo per pratiche sessuali in cambio di un corrispettivo.

prostituzione minorile, ottenga denaro o altre utilità; per favoreggiamento invece ci si riferisce a qualsiasi attività volta ad agevolare la prostituzione altrui attraverso la rimozione di ostacoli nell'esercizio del meretricio. Infine, l'induzione consiste in ogni attività idonea a persuadere/convincere il soggetto passivo a prostituirsi.

Infine, nel reato *sub ii*) è necessaria la previsione di un corrispettivo; in assenza, gli estremi della fattispecie non risultano integrati.

Elemento soggettivo: dolo generico che si sostanzia nella conoscenza degli elementi essenziali del reato, compresa l'età della vittima, e nella volontà di porre in essere la condotta delittuosa.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati in relazione all'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù).

Art. 600-ter Pornografia minorile

Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni pornografiche è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 25.822 a euro 258.228.

Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164.

Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità.

Art. 600-quater.1 Pornografia virtuale

Le disposizioni di cui agli articoli 600-ter e 600-quater si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo.

Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01**Per i commi 1 e 2**

Sanzione pecuniaria: da 300 a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.497;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Per i commi 3 e 4

Sanzione pecuniaria: da 200 a 700 quote cioè nel minimo da euro 51.646 a euro 309.874 e nel massimo da euro 180.759 a euro 1.084,559;

sanzioni interdittive: se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte punite dalla norma si articolano come segue:

- (i) utilizzazione²³¹ o induzione di minori a prestarsi alla realizzazione di esibizioni²³² pornografiche o produzione²³³ di materiale pornografico (comma 1);
- (ii) commercio²³⁴ di materiale pornografico realizzato con lo sfruttamento di minori (comma 2);
- (iii) distribuzione²³⁵, divulgazione²³⁶, diffusione o pubblicizzazione, anche per via telematica, di materiale pornografico ovvero distribuzione o divulgazione di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di soggetti minori (comma 3);
- (iv) offerta o cessione ad altri, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico (comma 4)²³⁷.

Si noti inoltre le condotte *sub* (i), (ii), (iii) e (iv) sono punite anche laddove il materiale pornografico sia costituito da immagini virtuali per espressa previsione dell'art. 600-*quater*.1.

Elemento soggettivo:

comma 1: dolo generico;

comma 2: dolo generico;

comma 3: dolo generico in relazione alle attività di distribuzione, divulgazione, diffusione e pubblicizzazione del materiale pornografico e **dolo specifico** per quanto concerne la diffusione di notizie (tale condotta è finalizzata all'adescamento o sfruttamento);

comma 4: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati in relazione all'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù).

²³¹ Si precisa che per utilizzazione deve intendersi qualsiasi tipo di sfruttamento anche non di tipo economico.

²³² Deve intendersi una partecipazione dal vivo ad una attività pornografica.

²³³ Il concetto di produzione ricomprende la finalità del lucro in quanto il material prodotto è destinato alla commercializzazione.

²³⁴ L'attività di commercio si realizza in presenza di alienazione di prodotti per fini di profitto svolta attraverso un'organizzazione d'impresa.

²³⁵ Deve intendersi la diffusione di notizie ad una pluralità indistinta di soggetti.

²³⁶ Diffusione di notizie relative ai prodotti o per fini di adescamento (ma non di lucro).

²³⁷ Il comma 4 costituisce fattispecie residuale che si applica ai soli casi di offerta o cessione sporadica, anche a titolo oneroso, a soggetti determinati. A rilevare è la cessione che avvenga in modo occasionale e non nell'ambito dell'attività d'impresa.

Art. 600-quater Detenzione di materiale pornografico

Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-ter, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a euro 1.549.

La pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità.

Art. 600-quater.1 Pornografia virtuale

Le disposizioni di cui agli articoli 600-ter e 600-quater si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo.

Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 a 700 quote cioè nel minimo da euro 51.646 a euro 309.874 e nel massimo da euro 180.759 a euro 1.084,559;

sanzioni interdittive: se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: il delitto in commento si applica solo se il fatto non integra gli estremi della fattispecie oggettiva di cui all'art. 600-ter. La condotta consiste nel procurarsi²³⁸ e/o detenere materiale pedopornografico realizzato utilizzando soggetti minorenni. Rileva anche la detenzione di materiale pedopornografico virtuale costituito cioè da immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica²³⁹.

Elemento soggettivo: dolo generico consistente nella consapevolezza e nella volontà di procurarsi e detenere materiale pedopornografico anche virtuale.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati in relazione all'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù).

²³⁸ L'attività del procurarsi deve essere intesa come acquisizione della disponibilità fisica del materiale pedopornografico. Risulta pertanto irrilevante la mera consultazione, anche virtuale, del materiale stesso.

²³⁹ Si veda l'art. 600-quater.1.

Art. 600-quinquies Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile

Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.493 a euro 154.937.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzioni pecuniarie: da 300 a 800 quote cioè nel minimo da euro 77.468 a euro 464.811 e nel massimo da euro 206.582 a euro 1.239.497;

sanzioni interdittive (per una durata non inferiore ad 1 anno): interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenza, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive e la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva del reato: la norma punisce le iniziative turistiche finalizzate a alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori. La punibilità sussiste anche nel caso in cui la fruizione di attività di prostituzione non sia lo scopo esclusivo del viaggio.

Elemento soggettivo: dolo specifico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Si vedano i rischi e le procedure individuati in relazione all'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù).

ART. 25-SEXIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Abusi di mercato

1. In relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate di manipolazione del mercato previsti dalla parte V, titolo I-bis, capo II²⁴⁰, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto.

Gli articoli del testo unico ("TUF") richiamati dall'articolo 25-sexies del D.lgs n. 231/01 sono i seguenti:

art. 184

art. 185

art. 186

art. 187

²⁴⁰ In capo è rubricato "Sanzioni penali" nel titolo relativo all' abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato.

REATI PRESUPPOSTO

Art. 184 Abuso di informazioni privilegiate

1. È punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni²⁴¹ chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio:

a) acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi, su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime;

b) comunica tali informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio;

c) raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).

2. La stessa pena di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1.

3. Il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo.

3-bis. Nel caso di operazioni relative agli strumenti finanziari di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a), numero 2), la sanzione penale è quella dell'ammenda fino a euro centotremila e duecentonovantuno e dell'arresto fino a tre anni.

4. Ai fini del presente articolo per strumenti finanziari si intendono anche gli strumenti finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, il cui valore dipende da uno strumento finanziario di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a).

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote, cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 258.228 a euro 1.549.370. Si noti tuttavia che nelle ipotesi di prodotto o profitto dell'ente di "rilevante entità" la sanzione può essere aumentata fino a 10 volte tale prodotto o profitto di "rilevante entità";

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione:

- (i) della sua qualità di membro degli organi di amministrazione, direzione e controllo di una società emittente;
- (ii) della sua qualità di azionista di una società emittente; e/o
- (iii) di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica o di un ufficio;
- (iv) della preparazione di attività delittuose.

²⁴¹ Ai sensi dell'art. 39, comma 1, della legge n. 262 del 28/12/2005, le pene sono raddoppiate entro i limiti posti a ciascun tipo di pena dal Libro I, Titolo II, Capo II del codice penale.

Possono commettere il reato in oggetto esclusivamente coloro che siano venuti a conoscenza dell'informazione privilegiata in ragione della loro qualifica/rapporto/professione (si veda l'art. 184 comma 1, i c.d. *insider primari*) ovvero a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose (si veda l'art. 184, comma 2).

Coloro che vengano a conoscenza dell'informazione privilegiata da un insider primario (i c.d. *insider secondari*) e la sfruttino a loro vantaggio sono passibili della sola sanzione amministrativa di cui all'art. 187-bis, comma 4, a cui si fa rinvio.

Fattispecie oggettiva del reato²⁴²: la condotta criminosa si sostanzia nel:

1. vendere, acquistare o compiere qualunque altro tipo di operazione, direttamente o indirettamente, per conto proprio o di terzi²⁴³, su strumenti finanziari utilizzando informazioni privilegiate (*insider trading*); e/o
2. comunicare ad altri le informazioni privilegiate al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o del proprio ufficio (*tipping*); e/o
3. raccomandare o indurre altri al compimento di una qualsiasi operazione su strumenti finanziari di cui al precedente n. 1 (*tuyautage*)²⁴⁴.

Gli strumenti finanziari oggetto della condotta criminosa sono quelli di cui all'art. 180, comma 1, lett. a) e b) del TUF, ovverosia gli strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, nonché gli strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale di negoziazione italiano (purché l'ammissione alla negoziazione sia stata richiesta o autorizzata dall'emittente²⁴⁵).

Presupposto per la configurabilità del reato: possesso di informazioni privilegiate, in ragione della qualità soggettiva dell'agente. Per informazione privilegiata, la cui definizione è contenuta all'art. 181 del TUF, deve intendersi *un'informazione di carattere preciso, che non è stata resa pubblica, concernente, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari, che, se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari.*

L'informazione privilegiata è tale se ricorrono le seguenti condizioni:

- l'informazione non è ancora stata resa pubblica;
- è di carattere preciso;
- potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi se resa pubblica.

²⁴² Alcuni esempi di condotte che costituiscono segnali di *insider trading* riconosciuti dall'Autorità sono contenuti nella Comunicazione n. DME/5078692 del 29/11/2005 "Esempi di manipolazione del mercato e di operazioni sospette indicati dal *Committee of European Securities Regulators* (CESR) nel documento *Market Abuse directive. Level 3 – First set of Cesr guidance and information on the common operation of the Directive*. Istruzioni per la segnalazione delle operazioni sospette.

²⁴³ Si tratta di operazioni effettuate dall'*insider primario*, in violazione del disposto dell'art. 184 TUF, per mezzo di terzi estranei che, se consapevoli del carattere privilegiato delle informazioni indebitamente sfruttate, rispondono dell'illecito amministrativo ex art. 187-bis TUF.

²⁴⁴ Affinché vengano integrati gli estremi della fattispecie penale in commento occorre che la raccomandazione o il suggerimento proveniente dall'*insider* abbia concretamente influito sulla decisione di investimento del terzo. La comunicazione a tale ultimo soggetto dell'informazione privilegiata da parte dell'*insider* non è richiesta: è sufficiente la sola raccomandazione.

²⁴⁵ L'estensione della disciplina volta a reprimere gli abusi di mercato anche alle operazioni aventi ad oggetto titoli quotati sui sistemi multilaterali di negoziazione (MTF) italiani è stata operata dal D.Lgs 17 luglio 2009 n. 101 e risponde all'esigenza di uniformare la disciplina applicabile all'operatività posta in essere su più sedi di negoziazione, riducendo in tal modo il rischio di possibili arbitraggi. Si veda la Comunicazione ASSOSIM n.134/2009.

Perché l'informazione possa ritenersi di carattere **preciso** occorre che la stessa:

1. si riferisca a circostanze esistenti o che si possano ragionevolmente prevedere che verranno ad esistenza o ad un evento verificatosi o che si possa ragionevolmente prevedere che si verificherà;
2. sia sufficientemente specifica da consentire di trarre conclusioni *ex ante* sul possibile effetto del complesso di circostanze o dell'evento di cui al numero 1) sui prezzi degli strumenti finanziari.

Non costituiscono pertanto informazioni privilegiate le voci e i *rumor*.

Si segnala che tuttavia potrebbe, ad esempio, costituire un'informazione privilegiata la c.d. "anticipazione giornalistica" di un'operazione di finanza straordinaria riportata dalla stampa come *rumour* di mercato, ma avente un grado di dettaglio tale da renderla riconducibile a fonti qualificate. Pertanto i divieti di abuso si applicano anche a quanti siano a conoscenza della prossima pubblicazione da parte di un organo di informazione di tale "anticipazione giornalistica".

Anche gli studi e le valutazioni se basati su informazioni già pubbliche non costituiscono informazioni privilegiate. Tuttavia, la notizia dell'imminente diffusione di uno studio o di una ricerca, che abbia caratteristiche tali per cui una volta diffusa possa influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari oggetto della ricerca/studio può, a determinate condizioni, costituire informazione privilegiata (al riguardo si veda il paragrafo 4).

Altra condizione essenziale affinché un'informazione "precisa" (non pubblica) costituisca una informazione privilegiata è che la stessa possa **influire in modo sensibile sui prezzi** di mercato (c.d. *price sensitivity*) dovendosi ritenere orientativamente tale l'informazione che un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le propria decisione d'investimento²⁴⁶.

Si noti inoltre che, per effetto dell'espressa previsione di cui al comma 5 dell'art. 181 TUF, l'informazione trasmessa da un cliente concernente gli ordini del medesimo in attesa di esecuzione è privilegiata se:

- (i) ha carattere preciso; e
- (ii) riguarda, direttamente o indirettamente, uno o più emittenti di strumenti finanziari o uno o più strumenti finanziari; e
- (iii) se resa pubblica, potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi di tali strumenti finanziari.

Viene così delineata una specifica ipotesi di informazione privilegiata in seno all'attività di negoziazione/ricezione e trasmissione ordini, con riferimento all'informazione "*trasmessa da un cliente e concernente gli ordini del cliente in attesa di esecuzione*" (c.d. *front running*)²⁴⁷.

Elemento soggettivo: dolo generico individuabile nella coscienza di avere informazioni privilegiate e nella volontà di farne uso nei modi illeciti descritti dalla norma in commento²⁴⁸.

²⁴⁶ Cfr. 2nd set of CESR guidance.

²⁴⁷ Cfr. 2nd set of CESR guidance.

²⁴⁸ Una recente pronuncia della Corte di giustizia europea (sentenza C-45/08) del 23 dicembre 2009 ha stabilito che lo sfruttamento di una informazione privilegiata da parte di un *insider primario* implica necessariamente un utilizzo consapevole della stessa. Tale elemento psicologico si può presumere partendo dagli elementi costitutivi della disposizione di cui all'art. 2 della direttiva 2003/6: gli *insider primari* hanno infatti accesso ad informazioni privilegiate e sono consapevoli del carattere privilegiato delle stesse. Se ne deduce pertanto che se un soggetto in possesso di informazioni privilegiate acquista o vende uno strumento finanziario a cui esse si riferiscono ha "utilizzato" in modo illecito tali informazioni.

RISCHI CONNESSI²⁴⁹

Il rischio associato a ciascuna area sensibile può essere difforme in ragione della specifica attività posta in essere dall'intermediario; è tuttavia possibile identificare quattro macroaree nelle quali il rischio di commissione del reato risulta essere più elevato:

1. **ATTIVITÀ DI CONSULENZA/ASSISTENZA AGLI EMITTENTI NELLA GESTIONE DI OPERAZIONI STRAORDINARIE (M&A), IPO, AUMENTI DI CAPITALE, RISTRUTTURAZIONI DEL DEBITO, CARTOLARIZZAZIONI E ATTIVITÀ DI FINANZIAMENTO etc.**

Tali attività espongono l'intermediario al rischio di un uso illecito delle informazioni privilegiate riguardanti l'emittente (cliente) di cui gli esponenti dell'intermediario vengano in possesso in esecuzione del mandato di *advisory*.

Tra le informazioni relative all'emittente che potrebbero configurarsi come privilegiate si annoverano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le seguenti²⁵⁰:

- cambiamenti di controllo e/o nei patti di controllo;
- variazioni dell'alta direzione;
- operazioni che coinvolgono il capitale o l'attività di finanziamento (*i.e.* debito);
- operazioni di *buy-back*;
- fusioni, scissioni e acquisizioni;
- operazioni di ristrutturazione aziendale;
- variazione nel valore di licenze, brevetti e marchi;
- introduzione di nuovi prodotti o processi produttivi;
- cambiamenti importanti nelle ordinarie strategie di business;
- strutturazioni di operazioni di emissione di strumenti finanziari.

I dipartimenti dell'intermediario coinvolti nelle attività/operazioni richiamate sono i seguenti:

- *corporate finance*;
- M&A (*merger & acquisition*);
- *securitization* (cartolarizzazioni);
- *capital market* (IPO dept. laddove separato dal *corporate finance*);
- strutturazione del debito (*fixed income structured product*);
- legale e *compliance* (attività di predisposizione della documentazione contrattuale).

Quanto detto sopra vale anche nel caso in cui sia l'intermediario stesso a emettere strumenti finanziari: l'emissione, affidata a specifici dipartimenti, quali ad esempio *corporate finance* e *capital market* (IPO dept. laddove separato dal *corporate finance*), può costituire una informazione privilegiata che se sfruttata al fine di porre in essere le condotte illecite di *insider trading*, *tipping* e *tuyautage* nell'interesse anche non esclusivo dell'ente può radicare la responsabilità amministrativa.

I soggetti in posizione apicale o i dipendenti ai dipartimenti citati dipartimenti, nonché soggetti a questi ultimi equiparati, sono maggiormente esposti al rischio di essere coinvolti in situazioni di abuso di informazioni privilegiate in ragione dell'attività lavorativa svolta.

²⁴⁹ Le analisi condotte e le osservazioni formulate nelle Schede, ed ancor più nella presente, fanno riferimento agli elementi tipici della prestazione dei servizi di investimento e solo a questi, senza prendere in considerazione gli aspetti che possono connotare l'intera attività di un intermediario polifunzionale quali l'esercizio del credito o l'emissione di strumenti finanziari.

²⁵⁰ Per maggiori approfondimenti si veda il parere fornito dal CESR alla Commissione europea nel dicembre 2002 "CESR's advice on Level 2 Implementing Measures for proposed Market Abuse Directive" – CESR/02 089d.

2. ATTIVITÀ DI NEGOZIAZIONE IN CONTO PROPRIO

Il *desk* di negoziazione in conto proprio, operante a valere direttamente sui libri contabili dell'intermediario, potrebbe:

- porre in essere, nell'interesse o vantaggio dell'intermediario, operazioni di negoziazione che sfruttino informazioni privilegiate del seguente tipo:
 - a) ordini in attesa di esecuzione dei clienti;
 - b) ordini in attesa di esecuzione riferibili al *proprietary desk*;
 - c) informazioni privilegiate relative ad emittenti quotati;
- comunicare informazioni relative ad ordini in attesa di esecuzione, al di fuori del normale esercizio della propria funzione, a clienti, potenziali clienti e/o ad altri dipartimenti/aree dell'intermediario preposti alla prestazione di altri servizi d'investimento quali, ad esempio, le stesse strutture di negoziazione in conto terzi, tesoreria, gestioni patrimoniali e/o di fondi ;
- raccomandare o indurre altri soggetti ad effettuare operazioni sulla base di informazioni relative ad ordini in attesa di esecuzione.

Si precisa inoltre che, all'interno del dipartimento deputato alla negoziazione in conto proprio, possono coesistere *desk* in possesso di informazioni privilegiate e *desk* che invece ne sono sprovvisti; la condotta illecita del comunicare tali informazioni e/o dell'indurre terzi ad acquistare e/o vendere strumenti finanziari può pertanto essere validamente perpetrata, all'interno dello stesso dipartimento, da un soggetto appartenente ad un *desk* in cui circolano informazioni privilegiati a favore di un soggetto che opera all'interno di un *desk* che non ne è invece in possesso.

3. ATTIVITÀ DI NEGOZIAZIONE/ESECUZIONE IN CONTO TERZI E RICEZIONE E TRASMISSIONE ORDINI

L'attività di negoziazione in conto terzi è esposta essenzialmente al rischio di *front-running*, ovvero al rischio di sfruttamento abusivo dell'informazione privilegiata concernente gli ordini dei clienti non ancora eseguiti.

In tal caso, la responsabilità dell'ente insorge qualora un soggetto in posizione apicale, un dipendente e/o un soggetto a questo equiparato, sulle base di tali informazioni privilegiate esegue direttamente una operazione oppure raccomanda o induce terzi ad eseguire la medesima operazione.

Inoltre, quando l'informazione concernente gli ordini dei clienti in attesa di esecuzione è utilizzata al fine di favorire un cliente o è a questi comunicata, l'intermediario potrebbe incorrere nella responsabilità ex Decreto 231/01 qualora traesse, dall'operazione effettuata dal cliente, un vantaggio o un interesse proprio.

4. ATTIVITÀ DI PRODUZIONE E DIFFUSIONE DI STUDI, RICERCHE E RACCOMANDAZIONI²⁵¹

L'attività di produzione di studi e ricerche è esposta al rischio di *insider trading* in quanto, secondo un possibile orientamento interpretativo, la notizia dell'imminente diffusione di uno studio o di una ricerca,

²⁵¹ Gli studi e le ricerche sono regolate dalle disposizioni di cui al Regolamento Emittenti 11971 e al Regolamento della Banca d'Italia e della Consob del 29 ottobre 2007 (di seguito *Reg. Congiunto*). Tali ricerche sono soggette alle disposizioni di cui all'articolo 25, commi 3, 4 e 5, del Reg. Congiunto che prevedono l'adozione di presidi organizzativi volti ad impedire lo scambio di informazioni con gli altri dipartimenti. L'applicazione pratica di tali presidi, quali in particolare la segregazione fisica e logica (*chinese wall*), è volta a garantire l'assoluta indipendenza di giudizio e la separatezza fisica dell'analista dalle altre funzioni/dipartimenti dell'intermediario. La produzione e la diffusione di tali ricerche sono inoltre sottoposte a regole aggiuntive per la gestione dei conflitti di interesse, di cui all'art. 28 del Reg. Cong.

che abbia caratteristiche tali per cui una volta diffusa potrebbe influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari oggetto della ricerca/studio, potrebbe costituire di per sé informazione privilegiata²⁵².

In base a tale orientamento, si potrebbe configurare un abuso di informazione privilegiata, ad esempio, nei seguenti casi :

- l'analista stesso, o un soggetto in posizione apicale o un dipendente, che sia a conoscenza del contenuto della ricerca (in virtù dell'attività lavorativa) e del possibile impatto sui prezzi una volta pubblicata, effettuata attività di *trading* sul titolo oggetto della stessa prima della sua pubblicazione (*insider trading*);
- *tipping*, ovverosia scambio di informazioni relative alla ricerca al di fuori della normale attività lavorativa dell'analista immediatamente prima della diffusione della ricerca;
- induzione di un terzo ad effettuare determinate operazioni di negoziazione sulla base della conoscenza del contenuto della ricerca immediatamente prima della sua diffusione.

Le aree maggiormente a rischio sono le seguenti:

- tesoreria;
- *trading desk* (strutture deputata alla negoziazione di ordini dei clienti);
- area *sales*;
- area studi e ricerche.

La responsabilità dell'intermediario ai sensi del decreto 231/01 sussisterà esclusivamente qualora le condotte di cui sopra siano state poste in essere da soggetti in posizione apicale, dipendente o soggetti a questi equiparati nell'interesse e/o a vantaggio, seppur non esclusivo, dell'intermediario. Si consideri tuttavia che, secondo l'orientamento della Consob, l'interesse e/o il vantaggio per l'ente può essere costituito dal tentativo di fidelizzare il cliente, consentendo allo stesso di trarre profitto dalla condotta illecita del soggetto apicale o subordinato dell'ente.

ASPETTI PROCEDURALI

Stante l'ampiezza del perimetro del reato di *insider trading*, così come delineato all'art. 184 TUF, che è già tale da includere sia i soggetti in posizione apicale sia i dipendenti e/o i soggetti a questi equiparati, i presidi e controlli implementati ai sensi del TUF e dei regolamenti di attuazione possono costituire la struttura su cui impennare gli ulteriori misure di prevenzione e controllo specifiche ex decreto 231/01. Tuttavia, occorre precisare che ai fini del D.Lgs 231/01 occorre predisporre adeguati presidi che agiscano *ex-ante* e non *ex-post*, come invece accade nel caso di alcune verifiche implementate in ottemperanza delle disposizioni del TUF²⁵³.

Tra gli specifici strumenti di prevenzione e controllo adottabili dagli intermediari si citano, a titolo esemplificativo, i seguenti:

- (i) mappatura delle aree aziendali esposte al rischio di *insider trading*;
- (ii) mappatura delle possibili tipologie di informazione privilegiata che possono circolare all'interno delle diverse aree di business;
- (iii) predisposizione procedure specifiche e dettagliate per la gestione delle informazioni privilegiate che garantiscano, tra l'altro, la riservatezza delle stesse e il monitoraggio degli accessi a documenti e/o

²⁵² Si vedano le recenti Delibere Consob n. 16983, 16984, 16985, 16986, 16987, 16988, 16989, 16990, 16991 del 2009 sul tema degli abusi di mercato in occasione di diffusione delle ricerche indipendenti.

²⁵³ Si faccia per esempio riferimento al controllo effettuato sulle "operazioni sospette" ai sensi dell'articolo 43 del Regolamento Mercati.

files che contengano informazioni privilegiate (e.g. *password* personalizzate per l'accesso ai file; doppia firma - di chi consegna e di chi riceve - in caso di consegna di copia cartacea; *editing* – ovvero copiatura e invio tramite posta elettronica ad *account* non predefiniti e certificati - concesso ai soli soggetti dotati delle adeguate autorizzazioni);

- (iv) adozione di sistemi automatici di *detection* delle operazioni sospette di *insider trading*;
- (v) la registrazione di tutte le telefonate in uscita e/o entrata da particolari postazioni telefoniche in uso a persone o aree di business particolarmente esposte al rischio di *insider trading*;
- (vi) la creazione e la costante alimentazione di appositi registri delle persone che hanno accesso a informazioni privilegiate²⁵⁴, di cui all'articolo 115-*bis*²⁵⁵ del TUF, al fine di garantire l'effettiva tracciabilità e la corretta gestione delle informazioni privilegiate all'interno dell'intermediario;
- (vii) estensione, tramite apposite clausole contrattuali, di specifici obblighi di riservatezza a carico di *outsourcer*/consulenti e/o terzi fornitori di servizi che, in virtù dell'attività prestata, possano venire a conoscenza di informazioni privilegiate;
- (viii) adozione di procedure/*policy* specifiche in materia di operazioni personali poste in essere da soggetti rilevanti;
- (ix) adozione di divieti temporanei ad operare su determinati strumenti finanziari indirizzati a specifici dipartimenti che potrebbero essere in possesso di informazioni privilegiate riguardanti l'emittente o gli strumenti finanziari stessi (*restricted list*);
- (x) creazione di "*watch list*", ovvero di liste di titoli relativamente ai quali specifici dipartimenti dell'intermediario possono operare previa autorizzazione del *compliance*;
- (xi) definire un piano dei controlli di I, II e III livello che sia chiaro nella definizione dei compiti e delle responsabilità delle varie funzioni coinvolte;
- (xii) definizione di procedure sanzionatorie volte a prevenire la violazione delle procedure interne adottate;
- (xiii) predisposizione di controlli tempestivi *ex-post* sull'operato dell'intermediario nei giorni immediatamente precedenti e successivi alla diffusione di informazioni potenzialmente privilegiate²⁵⁶;
- (xiv) creazione di presidi di segregazione fisica (*chinese wall*).

Gli intermediari adottano tutti o solo alcuni dei presidi sopra rappresentati o altri presidi che ritengano opportuni tenuto conto delle proprie specificità organizzative e operative ed in base al principio di proporzionalità. L'adozione di tali presidi presuppone l'aggiornamento continuativo dei registri e liste all'uopo predisposte e del sistema delle deleghe aziendali che identifica ruoli, responsabilità e autorizzazioni concesse a ciascun dipendente in ragione dell'attività svolta nell'area/funzione di appartenenza.

Si ritiene, infine, opportuno evidenziare l'importanza, ai fini della prevenzione di fenomeni di *insider trading*, di una adeguata attività di formazione del personale che tenga conto delle caratteristiche operative dell'intermediario e dei rischi specifici associati alle singole aree di attività. A tal riguardo si rinvia alla parte generale delle presenti linee guida.

²⁵⁴ Si precisa che per "accesso" non deve intendersi l'effettivo possesso di informazioni privilegiate, presupposto per l'abuso di tali informazioni, ma neppure la "mera eventualità" che tale accesso si verifichi.

²⁵⁵ Art. 115-*bis* - *Registri delle persone che hanno accesso ad informazioni privilegiate* "1. Gli emittenti quotati e i soggetti in rapporto di controllo con essi, o le persone che agiscono in loro nome o per loro conto, devono istituire, e mantenere regolarmente aggiornato, un registro delle persone che, in ragione dell'attività lavorativa o professionale ovvero in ragione delle funzioni svolte, hanno accesso alle informazioni indicate all'articolo 114, comma 1. La Consob determina con regolamento le modalità di istituzione, tenuta e aggiornamento dei registri".

²⁵⁶ In generale ogni controllo, anche *ex-post*, svolge una funzione deterrente per la commissione dell'illecito.

Art 185 Manipolazioni del mercato

Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni²⁵⁷.

Il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo.

Nel caso di operazioni relative agli strumenti finanziari di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a), numero 2), la sanzione penale è quella dell'ammenda fino a euro centotremila e duecentonovantuno e dell'arresto fino a tre anni²⁵⁸.

Art 186 Pene accessorie

1. La condanna per taluno dei delitti previsti dal presente capo importa l'applicazione delle pene accessorie previste dagli articoli 28, 30, 32-bis e 32-ter del codice penale per una durata non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni, nonché la pubblicazione della sentenza su almeno due quotidiani, di cui uno economico, a diffusione nazionale.

Art 187 Confisca

1. In caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è disposta la confisca del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo.

2. Qualora non sia possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente.

3. Per quanto non stabilito nei commi 1 e 2 si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 400 a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291 a euro 619.748 e nel massimo da euro 258.228 a euro 1.549.370. Si noti tuttavia che nella ipotesi di prodotto o profitto dell'ente di "rilevante entità" la sanzione può essere aumentata fino a 10 volte tale prodotto o profitto di "rilevante entità";

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque realizzi la condotta; si tratta pertanto di reato comune in quanto non sono richieste specifiche caratteristiche soggettive dell'agente (carica ricoperta o attività lavorativa svolta).

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta criminosa descritta può essere idealmente scomposta in tre diverse fattispecie oggettive:

- (i) la diffusione di notizie non veritiere (manipolazione informativa);
- (ii) la realizzazione di operazioni simulate (manipolazione operativa);
- (iii) l'attuazione di altri artifici (manipolazione operativa o mista).

²⁵⁷ Ai sensi dell'art. 39, comma 1, della l. n. 262 del 28/12/2005, le pene sono raddoppiate entro i limiti posti a ciascun tipo di pena dal Libro I, Titolo II, Capo II del codice penale.

²⁵⁸ Comma aggiunto dall'art. 1, comma 18 del d.lgs. n. 101 del 17/7/2009.

Requisito ulteriore, comune a tutte e tre le fattispecie sopra descritte, è la c.d. “*price sensitivity*” ovvero sia la **concreta²⁵⁹ idoneità della condotta a provocare una sensibile alterazione del prezzo dello strumento finanziario²⁶⁰**. Ai fini della punibilità, occorre che l’alterazione del prezzo dello strumento finanziario possa definirsi come “sensibile”, ovvero sia “qualitativamente” e “quantitativamente” maggiore delle normali fluttuazioni del mercato secondo un giudizio di prognosi postuma. Affinché si configuri il reato di manipolazione del mercato non occorre pertanto che l’agente ponga in essere comportamenti ulteriori volti a trarre vantaggio dalla manipolazione. Resta inteso che la responsabilità amministrativa dell’ente sussisterà solo laddove il comportamento dell’agente (soggetto apicale o sottoposto) produca vantaggio o interesse per l’ente stesso.

Ai fini in oggetto, per “strumenti finanziari” si intendono quelli di cui all’art. 180, comma 1, lettera a) ovvero sia:

- a) gli strumenti finanziari di cui all’articolo 1, comma 2, ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell’Unione europea;
- b) gli strumenti finanziari di cui all’articolo 1, comma 2 ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale di negoziazione italiano, per i quali l’ammissione è stata richiesta o autorizzata dall’emittente;
- c) qualsiasi altro strumento ammesso o per il quale è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato di un Paese dell’Unione europea.

La manipolazione informativa

La diffusione di notizie non vere, idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo di uno strumento finanziario, integra la fattispecie della c.d. manipolazione informativa di cui alla precedente lettera (i).

La manipolazione informativa si sostanzia nella diffusione di notizie che forniscano indicazioni false ovvero fuorvianti ad una pluralità indeterminata di soggetti attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione (*e.g.* comunicati stampa, interviste o dichiarazioni rilasciate a giornalisti, messaggi non personalizzati a più clienti via *e-mail*). La diffusione di tali notizie ad una sola persona, o ad un numero ristretto o limitato di soggetti, non dovrebbe pertanto integrare la fattispecie della manipolazione informativa. Tuttavia, la diffusione di tali notizie ad una sola persona, o ad un numero ristretto o limitato di soggetti può eventualmente configurare la condotta di cui al precedente (iii) (manipolazione operativa o mista). A tal fine potranno rilevare circostanze quali la qualità dei soggetti che ricevono l’informazione e la probabilità che gli stessi la trasmettano velocemente ad una pluralità di altri soggetti (vedi ad esempio il caso di giornalisti, gestori, *sales* o investitori di particolare importanza)²⁶¹.

Ai fini della punibilità, la legge non individua una specifica forma per tali comunicazioni intendendo, in tal modo, punire qualunque tipo di esternazione di notizie tali da influire sul prezzo di uno strumento finanziario.

Stante il dettato letterale della norma sono rilevanti esclusivamente le notizie relative a fatti aventi una qualche oggettiva pregnanza. Voci, opinioni, apprezzamenti etc. non costituiscono di per sé una notizia e non sono pertanto rilevanti ai fini della fattispecie in esame. Possono tuttavia rilevare ai fini dell’illecito

²⁵⁹ Trattasi di reato di pericolo concreto.

²⁶⁰ Il requisito della sensibile alterazione del prezzo dello strumento finanziario manca ai fini della punibilità dell’illecito amministrativo di cui all’art. 187-*ter* di cui si dirà in seguito.

²⁶¹ La Consob ha segnalato alla Autorità Giudiziaria il comportamento di un intermediario, *lead manager* di un collocamento di un prestito obbligazionario emesso su un mercato lussemburghese, il quale aveva distribuito a pochi investitori una *credit opinion* viziata da elementi di falsità (cfr. Consob Relazione annuale 2007).

amministrativo di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-ter del TUF. Come spiegato oltre (pag. 4), costituiscono manipolazioni informative anche quelle in cui l'analista finanziario diffonde valutazioni diverse da quelle in cui in realtà crede, come può essere evinto, ad esempio, da *email* inviate a colleghi o da importanti incongruenze nelle analisi sottostanti la raccomandazione espressa nella ricerca.

Non esiste una lista di notizie rilevanti ai fini della manipolazione informativa. Qualsiasi notizia che abbia i requisiti sopra descritti può configurare la fattispecie oggettiva del reato in esame. Non è possibile pertanto definire in astratto quali siano le informazioni rilevanti: ogni notizia dovrà essere valutata caso per caso.

Ciò premesso, e con i limiti sopra rappresentati, si ritiene utile fornire alcune indicazioni di massima sulle notizie potenzialmente rilevanti. A tal fine è possibile fare ricorso alla disciplina delle informazioni privilegiate e dell'*internal dealing* di cui agli artt. 114, commi 1 e 7, e 181 del TUF.

L'art. 114, comma 1, del TUF prevede l'obbligo di comunicazione delle informazioni privilegiate che riguardino l'emittente e le società controllate. Le informazioni privilegiate sono tali ai sensi dell'art. 181 TUF quando soddisfano tra l'altro il requisito della *price-sensitivity*. Tra le informazioni che sono comunemente ritenute tali da poter configurare una informazione privilegiata e quindi *price-sensitive*, si segnalano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le seguenti²⁶²:

- cambiamenti di controllo e/o nei patti di controllo;
- variazioni dell'alta direzione;
- operazioni che coinvolgono il capitale o l'attività di finanziamento (*i.e.* debito);
- operazioni di *buy-back*;
- fusioni, scissioni e acquisizioni;
- modifica dei diritti degli strumenti finanziari emessi;
- operazioni di ristrutturazione aziendale;
- variazione nel valore di licenze, brevetti e marchi;
- introduzione di nuovi prodotti o processi produttivi;
- cambiamenti importanti nelle ordinarie strategie di business;
- strutturazioni di operazioni di emissione di strumenti finanziari.

La comunicazione al pubblico di notizie false che abbiano oggetto operazioni del tipo sopra descritto configurerebbe il reato di manipolazione informativa qualora ricorresse anche l'elemento soggettivo (il dolo generico).

Tre le altre notizie rilevanti ai fini del reato di manipolazione informativa si menzionano le operazioni di c.d. *internal dealing*. Per tali si intendono le operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari di una società quotata e/o delle sue società controllate effettuate da un soggetto rilevante ex art. 152-sexies del Regolamento Emittenti. Ai sensi dell'art. 114, comma 7, TUF, le società quotate sono infatti tenute a comunicare al mercato le operazioni di *internal dealing* che le riguardino al fine di garantire la trasparenza e la parità informativa del mercato. La notizia che soggetti rilevanti, appartenenti cioè ai vertici aziendali di un emittente, effettuino operazioni sui titoli dell'emittente stesso appare di evidente rilievo e tale da poter, in taluni casi, rivestire anche il carattere di informazione *price sensitive*. Ciò considerato si deve ritenere che la diffusione di una notizia che fornisca false informazioni in merito ad operazioni di *internal dealing* potrebbe, in talune circostanze, costituire una manipolazione informativa.

Analoghe valutazioni possono essere svolte in relazione agli obblighi informativi di cui all'art. 120 del TUF. La notizia dell'acquisizione di una partecipazione rilevante nel capitale sociale di un emittente potrebbe essere, in determinati casi, *price sensitive*. La diffusione di notizie false che abbiano ad oggetto l'acquisto o

²⁶² Si veda "CESR's advice on Level 2 Implementing Measures for proposed Market Abuse Directive" – CESR/02 089 d.

l'intenzione di acquistare partecipazioni rilevanti nel capitale sociale di un emittente quotato o in altra società collegata potrebbe pertanto rilevare ai fini del reato di manipolazione informativa.

Si segnala inoltre che anche le informazioni trasmesse al mercato in relazione agli obblighi di *pre-trade* e *post-trade transparency*²⁶³ potrebbero avere, a determinate condizioni, il carattere della *price-sensitivity* e integrare, nel caso di diffusione di informazioni false, il reato di manipolazione informativa. Al contrario, l'omissione di tali informazioni potrà eventualmente configurare un "artificio" idoneo ad integrare il reato di manipolazione operativa.

La manipolazione informativa può configurarsi anche in relazione a notizie la cui diffusione non sia richiesta per legge e/o regolamento, ad esempio nel caso di notizie false in merito a accordi e/o operazioni che non siano ancora sufficientemente definiti per ricadere nell'obbligo di comunicazione e il cui contenuto sia in grado di provocare una sensibile alterazione del prezzo di un determinato strumento finanziario (si veda la comunicazione Consob DME/6027054 del 28-3-2006).

Altra via attraverso la quale potrebbe essere commesso il reato di manipolazione informativa è quella della diffusione di ricerche o studi che contengano informazioni, dati e/o notizie false, erronee o tendenziose, al fine di sfruttare a proprio vantaggio l'impatto che tale ricerca o studio potrà avere sull'andamento del titolo una volta diffusa. Perché tale pratica configuri il reato in oggetto, oltre alla necessità che ricorra il dolo generico, occorre anche che la ricerca o lo studio sia in grado di influenzare il prezzo del titolo. A tal proposito si può ritenere, anche in base ad un orientamento dell'autorità di vigilanza, che non tutte le ricerche e/o gli studi abbiano tale capacità ma solo quelli che presentino le seguenti caratteristiche: (i) provengano da un intermediario/analista di elevato *standing*; e (ii) vi sia una notevole distanza tra il target price indicato e il prezzo di mercato dello strumento.

Per quanto attiene alla "falsità" della notizia, si deve ritenere la stessa ricorra ogni qual volta vi sia una rappresentazione erronea della realtà volta a creare falsi convincimenti nei destinatari. Non ogni rappresentazione erronea può ritenersi rilevante ai fini in oggetto occorrendo anche che essa sia in grado di trarre in inganno.

La manipolazione informativa oggetto della presente scheda non deve essere confusa con quella di cui all'art.187 *ter* del TUF. La manipolazione informativa di cui all'art. 187-*ter* integra infatti un illecito amministrativo e non penale diverso ed eventualmente concorrente con quello di cui alla art. 185 del TUF in commento. La differenza essenziale tra la fattispecie oggettiva del reato di manipolazione informativa *ex art. 185 TUF* e quella di cui all'art. 187-*ter* risiede nel fatto che quest'ultima si configura anche qualora siano diffuse semplici informazioni, voci o opinioni false o fuorvianti (per maggiori dettagli si rinvia alla scheda *sub art. 187-ter*).

La manipolazione operativa

La manipolazione operativa può essere effettuata attraverso la realizzazione di operazioni simulate e/o di altri artifici.

In merito alle operazioni simulate, esse si realizzano quando le parti pongono in essere operazioni che appaiono in modo diverso rispetto all'operazione originariamente voluta come nei casi di (i) compravendita di strumenti finanziari che non comporta una reale modifica della proprietà (*i.e. action based manipulation*) e (ii) inserimento di ordini con prezzo superiore o inferiore a quello di mercato e loro cancellazione prima dell'esecuzione²⁶⁴.

²⁶³ Si veda il Regolamento Mercati, Titolo IV rubricato "Obblighi di comunicazione delle operazioni e regime di trasparenza" – artt. 25-31.

²⁶⁴ Si veda la recente comunicazione Consob DME/10039224 del 30/04/2010.

Con riguardo alla manipolazione realizzata mediante altri artifici si sottolinea che si tratta di ipotesi residuale i cui contorni non sono nettamente individuati dal legislatore; la giurisprudenza si è più volte pronunciata in merito alla nozione di condotta artificiosa puntualizzando che per *“artificiosità non si intende necessariamente illiceità intrinseca dei mezzi utilizzati. L’inganno può infatti essere realizzato attraverso condotte apparentemente lecite, ma che combinate tra loro, ovvero realizzate in determinate circostanze di tempo e di luogo, intenzionalmente realizzino una distorsione del gioco della domanda e dell’offerta in modo tale che il pubblico degli investitori sia indotto in errore circa lo spontaneo e corretto processo di formazione dei prezzi.”*²⁶⁵

Deve altresì ritenersi che la mancata diffusione al pubblico di notizie soggette all’obbligo di *disclosure* possa configurare un artificio idoneo a provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti finanziari a cui la notizia si riferisce.

A titolo esemplificativo, si riportano alcune delle più comuni fattispecie di manipolazione operativa (si veda la comunicazione Consob DME/5078692 del 29-11-2005):

1. operazioni false o fuorvianti che includono:

- a) *operazioni fittizie (wash trades)* => operazioni di acquisto o di vendita di uno strumento finanziario senza che si determini alcuna variazione negli interessi o nei diritti o nei rischi di mercato del beneficiario delle operazioni o dei beneficiari che agiscono di concerto o in modo collusivo²⁶⁶;
- b) *artefare il quadro delle operazioni (painting the tape)* => operazioni che vengono mostrate al pubblico (anche su strutture telematiche o elettroniche) per fornire l’apparenza di una attività o di un movimento dei prezzi di uno strumento finanziario;
- c) *ordini abbinati in modo improprio (improper matched orders)* => operazioni che derivano da ordini di acquisto e di vendita immessi da soggetti che agiscono di concerto contemporaneamente, ovvero quasi nello stesso momento, aventi gli stessi prezzi e gli stessi quantitativi²⁶⁷;
- d) *inserimento di ordini nel mercato senza l’intenzione di eseguirli (placing orders with no intention of executing them)* => inserimento di ordini a prezzi più alti (bassi) di quelli delle proposte presenti dal lato degli acquisti (vendite). L’intenzione sottostante agli ordini non è quella di eseguirli ma di fornire indicazioni fuorvianti dell’esistenza di una domanda (offerta) sullo strumento finanziario a tali prezzi più elevati (bassi). Una variante di questo comportamento consiste nell’inserimento di un ordine per quantitativi minimi in modo da muovere il prezzo delle migliori proposte in acquisto o in vendita sullo strumento finanziario con l’intenzione di non eseguirlo, ma rimanendo eventualmente disponibili all’esecuzione qualora non si riesca a ritrarlo in tempo²⁶⁸;

²⁶⁵ Si veda la sentenza del Tribunale di Milano 07.02.2003. Nello stesso senso la recente sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 2063 del 20 gennaio 2009: *“Per qualificare come artificioso un mezzo, in sé non illecito, non è sufficiente che esso sia diretto al fine di turbare il mercato, occorrendo che sia anche artificioso, cioè posto in essere artificialmente con modalità dell’azione tali, per ragioni di modo, tempo e luogo da alterare il gioco normale tra domanda e offerta”*.

²⁶⁶ Le operazioni di riporto o di prestito titoli o le altre operazioni che prevedono il trasferimento di strumenti finanziari in garanzia non costituiscono di per sé manipolazione del mercato.

²⁶⁷ Sono fatti salvi gli ordini effettuati in conformità alle regole del mercato (e.g. *cross order*).

²⁶⁸ Si veda la recente comunicazione Consob DME/10039224 del 30/04/2010.

2. operazioni che fissano i prezzi a livelli anomali o artificiali ovvero:

- a) *segnare il prezzo in chiusura (marking the close)* => acquistare o vendere intenzionalmente strumenti finanziari o contratti derivati verso la fine delle negoziazioni in modo da alterare il prezzo finale dello strumento finanziario o del contratto derivato. Tale comportamento è spesso posto in essere nei giorni in cui scadono contratti derivati, quelli in cui vengono calcolate, annualmente o trimestralmente, le commissioni su portafogli gestiti o su fondi comuni o, infine, nei giorni in cui vengono valutati o indicizzati contratti o obbligazioni;
- b) *colludere sul mercato secondario dopo un collocamento effettuato nell'ambito di un'offerta al pubblico (colluding in the after market of an Initial Public Offer)* => operazioni che si effettuano sul mercato secondario appena terminano i collocamenti. I soggetti che hanno acquisito strumenti finanziari nel mercato primario acquistano di concerto ulteriori quantitativi sul mercato secondario in modo da spingere il prezzo verso livelli artificiali e generare l'interesse da parte di altri investitori così da vendere i titoli detenuti in portafoglio;
- c) *comprimere in modo abusivo il mercato (abusive squeeze)* => i soggetti che hanno una significativa influenza sulla domanda o sull'offerta o sulla consegna di uno strumento finanziario o di un prodotto sottostante a uno strumento finanziario derivato abusano della posizione dominante in modo da distorcere significativamente il prezzo al quale altri operatori sono obbligati, per l'assolvimento dei loro impegni, a consegnare o ricevere o rinviare la consegna dello strumento finanziario o del prodotto sottostante²⁶⁹;
- d) *costituzione di una soglia minima al corso dei prezzi (creation of a floor in the price pattern)* => le società emittenti o i soggetti controllanti concludono operazioni o inseriscono ordini in modo tale da evitare che i prezzi di mercato scendano al di sotto di un certo livello, al fine di sottrarsi alle conseguenze negative derivanti dal connesso peggioramento del *rating* degli strumenti finanziari emessi²⁷⁰;
- e) *eccessive quotazioni "denaro - lettera" (excessive bid-ask spread)* => è di solito posto in essere da intermediari – quali gli specialisti o i *market makers* che operano di concerto – che, abusando del loro potere di mercato, posizionano e/o mantengono intenzionalmente il *bid-ask spread* su livelli artificiali e/o lontani dal *fair value*;
- f) *operazioni effettuate in un mercato per influenzare impropriamente i prezzi di uno strumento finanziario in un mercato correlato (trading on one market to improperly position the price of a financial instrument on a related market)* => conclusione di operazioni in un mercato su uno strumento finanziario con la finalità di influenzare impropriamente il prezzo dello stesso strumento finanziario o di altri strumenti finanziari collegati negoziati sullo stesso o su altri mercati²⁷¹.

²⁶⁹ Si deve tenere presente che: 1) la regolare interazione della domanda e dell'offerta può condurre, e spesso conduce, a rigidità nel mercato, ma questo fatto non implica di per sé una manipolazione del mercato; 2) disporre di una significativa influenza sulla domanda o sull'offerta o sulla consegna di uno strumento finanziario o di un prodotto sottostante non costituisce di per sé una manipolazione del mercato

²⁷⁰ Questo comportamento deve essere tenuto distinto dalla conclusione di operazioni rientranti nei programmi di acquisto di azioni proprie o nella stabilizzazione degli strumenti finanziari previsti dalla normativa.

²⁷¹ Ad esempio, concludere operazioni su azioni per fissare il prezzo del relativo strumento finanziario derivato negoziato su un altro mercato a livelli anomali, oppure effettuare operazioni sul prodotto sottostante a uno strumento finanziario derivato per alterare il prezzo dei relativi contratti derivati. Si precisa che le operazioni di arbitraggio non costituiscono di per sé manipolazione del mercato.

3. operazioni che utilizzano artifici:

- a) *celare la proprietà (concealing ownership)* => operazioni volte a celare la reale proprietà di uno strumento finanziario, tramite la comunicazione al pubblico della proprietà di strumenti finanziari a nome di altri soggetti collusi. La comunicazione al pubblico risulta fuorviante rispetto alla reale titolarità degli strumenti finanziari;
- b) *diffusione di informazioni di mercato false o fuorvianti tramite mezzi di comunicazione, compreso Internet, o tramite qualsiasi altro mezzo (dissemination of false or misleading market information through media, including the Internet, or by any other means)* => questo comportamento è effettuato con l'intenzione di muovere il prezzo di un titolo, di un contratto derivato o di un'attività sottostante verso una direzione che favorisca la posizione aperta su tali strumenti finanziari o attività o un'operazione già pianificata²⁷² dal soggetto che diffonde l'informazione.
- c) *gonfiare e scaricare (pump and dump)* => aprire una posizione lunga su uno strumento finanziario e quindi effettuare ulteriori acquisti e/o diffondere informazioni fuorvianti positive relative allo strumento finanziario in modo da aumentarne il prezzo. Gli altri partecipanti al mercato vengono quindi ingannati dal risultante effetto sul prezzo e sono indotti ad effettuare ulteriori acquisti. Il manipolatore vende così gli strumenti finanziari a prezzi più elevati;
- d) *screditare e incassare (trash and cash)* => un soggetto prende una posizione ribassista su uno strumento finanziario ed effettua un'ulteriore attività di vendita e/o diffonde informazioni fuorvianti negative sullo strumento finanziario in modo da ridurne il prezzo. Il manipolatore chiude così la posizione dopo la caduta del prezzo (tale comportamento è opposto al "pump and dump");
- e) *aprire una posizione e chiuderla immediatamente dopo che è stata resa nota al pubblico (opening a position and closing it immediately after its public disclosure)* => aprire una posizione²⁷³ e, quindi, chiuderla immediatamente dopo aver comunicato al pubblico di averla aperta, enfatizzando l'obiettivo di lungo periodo dell'investimento²⁷⁴.

Elemento soggettivo: dolo generico che si realizza non appena nel soggetto attivo vi sia la coscienza e la volontà delle condotte illecite descritte dalla norma²⁷⁵.

RISCHI CONNESSI²⁷⁶

Trattandosi di reato comune, caratterizzato dall'elemento soggettivo del dolo generico, l'illecito in commento può essere perpetrato da qualunque soggetto appartenente alla struttura organizzativa

²⁷² Data la natura complessa di tale condotta, si ritiene che essa costituisca una forma di manipolazione operativa in quanto la diffusione di informazioni/notizie false si abbina al compimento di operazioni che traggono vantaggio proprio dagli effetti di tale diffusione.

²⁷³ Tale comportamento è tipicamente posto in essere da grandi investitori o da gestori di patrimoni le cui scelte di investimento sono considerate dagli altri partecipanti al mercato come indicazioni rilevanti per la stima del futuro andamento dei prezzi.

²⁷⁴ Si precisa che il comunicato al pubblico non assume di per sé alcun connotato manipolativo se è richiesto esplicitamente dalla disciplina o se è dalla stessa permesso.

²⁷⁵ Occorrerà verificare che nel soggetto attivo vi sia la consapevolezza della falsità delle notizie diffuse e/o della natura fuorviante delle operazioni poste in essere e/o della natura ingannatoria di eventuali artifici.

²⁷⁶ Le analisi condotte e le osservazioni formulate nelle Schede, ed ancor più nella presente, fanno riferimento agli elementi tipici della prestazione dei servizi di investimento e solo a questi, senza prendere in considerazione gli aspetti che possono connotare l'intera attività di un intermediario polifunzionale quali l'esercizio del credito o l'emissione di strumenti finanziari.

dell'intermediario. In proposito si ricorda che, per fondare un giudizio di responsabilità in capo alla società, è necessario che le attività manipolative siano condotte nell'interesse o a vantaggio di quest'ultima, come nei casi di aumento di commissioni percepite, di entrate straordinarie e di guadagno diretto sugli strumenti finanziari "manipolati".

Come peraltro già ricordato in sede di commento dei rischi associati al reato di abuso di informazioni privilegiate, la manipolazione di mercato costituisce un reato tipico, in senso atecnico, della prestazione dei servizi di investimento. Tuttavia, il livello di rischio associato a ciascuna area sensibile può essere difforme in ragione della specifica attività posta in essere dall'intermediario. L'analisi della rischiosità si articola pertanto nella trattazione delle specifiche aree di attività sensibili.

Di seguito si individuano i rischi tipici di manipolazione operativa per singole macroaree di attività:

1. ATTIVITÀ DI CONSULENZA/ASSISTENZA AGLI EMITTENTI NELLA GESTIONE DI OPERAZIONI STRAORDINARIE, IPO, AUMENTI DI CAPITALE E ATTIVITÀ DI FINANZIAMENTO

In ragione della propria attività di *advisory*, l'intermediario potrebbe concorrere, attraverso le proprie strutture di negoziazione, nella predisposizione e/o realizzazione di strategie manipolative volte a:

- (i) costituire una soglia minima del corso dei prezzi degli strumenti finanziari emessi dall'emittente attraverso la creazione di *trend rialzisti*. Tale condotta può essere realizzata ad esempio mediante l'inserimento di almeno un ordine di acquisto per quantitativi estremamente elevati rispetto alla quantità totale in circolazione ad un prezzo eventualmente anche più basso del "*bid*". In tal modo si bloccano le spinte dal lato delle vendite che non sfociano in prezzi di mercato più bassi di quello degli ordini inseriti dal lato degli acquisti se non vendendo quantitativi estremamente elevati. Tale pratica può essere più facilmente realizzata con riferimento a titoli illiquidi. Indicatori di una tale manipolazione sono ad esempio: (i) un'anomala riduzione della volatilità del titolo; (ii) la tendenza dei prezzi a non scendere sotto un certo livello in presenza di un generale andamento negativo del mercato; (iii) l'ingiustificato incremento del prezzo rispetto alle informazioni pubbliche disponibili e (iv) l'incremento dei quantitativi scambiati non accompagnato da un movimento dei prezzi. Tali manipolazioni possono essere poste in essere anche, ad esempio, attraverso operazioni di *wash sales*, *improper marched orders* e operazioni OTC tali da celare il reale *trend* sul titolo²⁷⁷;
- (ii) creare *trend rialzisti* al fine di: (i) fornire agli operatori di mercato e agli investitori una migliore percezione della società; (ii) collocare nuovi strumenti finanziari a prezzi più elevati; (iii) alterare la definizione dei rapporti di concambio nelle operazioni di fusione; (iv) sottrarsi alle conseguenze negative derivanti dal connesso peggioramento del *rating* degli strumenti finanziari emessi;
- (iii) celare la proprietà degli strumenti finanziari (*concealing ownership*) ripartendo la partecipazione tra più soggetti che, agendo di concerto, riescono ad evitare la segnalazione, alla Consob e al mercato, della posizione detenuta. La partecipazione può avere ad oggetto anche strumenti finanziari che consentano di esercitare il diritto di voto solo in un secondo momento come, ad esempio, i *warrant* e le obbligazioni convertibili. Inoltre, si porta all'attenzione che, in alcuni casi, è possibile procedere all'acquisto di partecipazioni rilevanti per il tramite di particolari strumenti finanziari e.g. *swap*, *put* o *call*,

²⁷⁷ Queste strategie manipolative devono essere tenute distinte dalla conclusione di operazioni rientranti nei programmi di acquisto di azioni proprie o nella stabilizzazione degli strumenti finanziari previsti dalla normativa, ovvero dal Regolamento 2273/2003 della Commissione Europea.

- originariamente dotati di una clausola di regolamento *cash*, che siano poi regolati con consegna fisica del sottostante²⁷⁸;
- (iv) alterare il prezzo dello strumento finanziario attraverso la diffusione, da parte dell'intermediario stesso o di altre società del gruppo, di studi, ricerche o raccomandazioni errate, tendenziose o influenzate da interessi rilevanti. L'intermediario sfrutta l'effetto "gregge" e/o la conoscenza dell'ingannevolezza della ricerca/studio o raccomandazione a vantaggio dell'emittente/cliente traendone un interesse/vantaggio. Tale manipolazione può essere realizzata anche attraverso ricerche che indicano fraudolentemente un *target price* distante dai prezzi correnti del titolo o che enfatizzano la raccomandazione (*buy/hold/sell*).

Si evidenzia inoltre che i rischi associati alle condotte manipolative di cui sopra sono rilevanti anche nel caso in cui sia l'intermediario stesso a configurarsi come emittente degli strumenti finanziari manipolati.

I dipartimenti maggiormente esposti sono, oltre a quelli di *advisory* (incluso quello della *research*), quelli che operano direttamente sul mercato (*trading desk*) e quelli che hanno un contatto diretto con l'emittente/cliente (*sales*).

2. GESTIONE INDIVIDUALE DI PORTAFOGLI E GESTIONE DI FONDI

In relazione all'attività di gestione individuale di portafogli e di fondi, le condotte manipolative tipiche possono essere così riassunte:

- a) scambio di *performance* tra clienti/fondi tramite incroci impropri di ordini in modo da avvantaggiare un cliente e/o un fondo a scapito di un altro;
- b) inserimento di titoli sottili²⁷⁹ nelle gestioni/fondi e successiva manipolazione per raggiungere e superare un *benchmark* prestabilito. L'effettuazione di operazioni su titoli sottili, in concomitanza dei periodi utili per il calcolo della *performance*, costituisce un indizio di tale pratica manipolativa;
- c) alterazione fraudolenta della *performance* del portafoglio al fine di incrementare le commissioni e la remunerazione dei gestori attraverso, ad esempio, operazioni di *marking the close* (in asta di chiusura finalizzata ad aumentare in misura elevata il prezzo del titolo) e operazioni di acquisto finalizzate ad innescare un *trend* rialzista su quei titoli che hanno un maggior peso nel portafoglio gestito, specie in concomitanza dei periodi utili per il calcolo della *performance*;
- d) alterazione del prezzo dello strumento finanziario attraverso la diffusione di studi, ricerche o raccomandazioni errate o tendenziose o influenzate da interessi rilevanti. L'intermediario sfrutta l'effetto "gregge" e/o la conoscenza dell'ingannevolezza della ricerca/studio o raccomandazione. Tale manipolazione può essere realizzata anche attraverso ricerche che indicano fraudolentemente un *target price* distante dai prezzi correnti del titolo o che enfatizzano la raccomandazione (*buy/hold/sell*). La manipolazione in oggetto può configurarsi anche qualora l'intento sia quello di avvantaggiare terzi soggetti quali lo stesso emittente o clienti dell'intermediario purché quest'ultimo tragga un qualche interesse/vantaggio indiretto;
- e) accordi tra più soggetti al fine di celare la proprietà degli strumenti finanziari ripartendo la partecipazione tra più soggetti, clienti o fondi gestiti, che, agendo di concerto, riescono ad evitare la segnalazione, alla Consob e al mercato, della posizione detenuta. La partecipazione

²⁷⁸ Si tratta tuttavia di casi rari e patologici che le Autorità di vigilanza hanno prontamente sanzionato (e.g. Schaeffler-Continental, Ifil-Exor).

²⁷⁹ Per titoli sottili si intendono quei titoli con una ridotta liquidità e scarso numero di negoziazioni sul mercato. In ragione dell'estrema sensibilità dei prezzi di mercato di tali strumenti (anche a parità di condizioni e per controvalori limitati) la manipolazione di tali titoli può essere più facilmente realizzabile.

può avere ad oggetto anche strumenti finanziari che consentano di esercitare il diritto di voto solo in un secondo momento come, ad esempio, i *warrant* e le obbligazioni convertibili;

- f) alterazione del prezzo dello strumento finanziario attraverso l'apertura di una posizione e successiva chiusura immediatamente dopo averla resa nota al pubblico/mercato. Anche in tale caso l'intermediario sfrutta l'effetto "gregge" innescando un *trend rialzista* del prezzo dello strumento su cui è stata aperta la posizione.

I dipartimenti maggiormente esposti al rischio in commento sono, oltre a quelli deputati alla gestione individuale di portafogli e/o di fondi, le strutture deputate alla prestazione dei servizi di negoziazione e le strutture di ricerca finanziaria.

3. CONSULENZA IN MATERIA DI INVESTIMENTI

In riferimento all'attività di consulenza in materia di investimenti, si ritiene che il reato di manipolazione operativa possa configurarsi laddove il contenuto delle raccomandazioni sia volutamente fuorviante e finalizzato ad innescare *trend rialzisti* o *ribassisti* sul titolo. Si tratta pertanto di un servizio di consulenza che non sia prestato nel rispetto della normativa di riferimento ovvero sia dei principi di trasparenza, correttezza e prevenzione dei conflitti.

Una simile strategia potrebbe essere posta in essere al fine di consentire all'intermediario e/o a suoi clienti e/o all'emittente stesso di trarre vantaggio dalla conseguente alterazione del prezzo degli strumenti finanziari.

4. ESECUZIONE DI ORDINI PER CONTO DEI CLIENTI (IN CONTO PROPRIO E IN CONTO TERZI)

Posto che l'attività di esecuzione di ordini dei clienti può essere effettuata sia in conto proprio sia in conto terzi, non si ravvisano differenze sostanziali nelle strategie manipolative che l'intermediario potrebbe porre in essere nella prestazione di tale servizio. A titolo meramente esemplificativo si riportano qui di seguito alcune delle possibili strategie manipolative che rilevano con riguardo all'attività di esecuzione degli ordini dei clienti²⁸⁰:

- a) gestire impropriamente gli ordini, in modo tale da manipolare l'andamento del titolo e rendere possibili, ad esempio, strategie di *front running* o di incroci a prezzi alterati²⁸¹;
- b) effettuare operazioni in un determinato mercato per influenzare impropriamente i prezzi di uno strumento finanziario in un mercato correlato; la strategia può basarsi su correlazioni derivanti da condizioni contrattuali o dalle regole del mercato stesso. I benefici ottenibili sono spesso connessi ad operazioni di finanza straordinaria. La strategia manipolativa in genere si articola nell'apertura di una posizione su un certo strumento finanziario seguita dalla manipolazione del prezzo di un secondo strumento da cui il valore del primo deriva. Infine, la posizione sul primo titolo viene chiusa quando il prezzo di quest'ultimo si adegua a quello del secondo strumento (collegato al primo)²⁸²;
- c) creare *trend* o bolle nei prezzi ("*pump and dump*"²⁸³ e "*trash and cash*"²⁸⁴);

²⁸⁰ Tutte le definizioni di modalità operative virgolettate ed indicate in corsivo, ove non diversamente precisato, sono riprese dalla Comunicazione Consob DME/5078692 del 29 novembre 2005 già citata in precedenza.

²⁸¹ Si faccia riferimento a quanto detto nel precedente paragrafo "La manipolazione operativa".

²⁸² In alcuni casi la chiusura della posizione originariamente assunta sul primo titolo non risulta necessaria in quanto la manipolazione del secondo titolo è già sufficiente al fine di soddisfare una condizione contrattuale che determina un'automatica chiusura della prima posizione (e.g. il primo strumento è costituito da un'opzione avente come sottostante il secondo strumento. La manipolazione del prezzo di tale ultimo strumento determina il raggiungimento della soglia prevista per l'esercizio dell'opzione).

²⁸³ Viene aperta una posizione su un determinato strumento e si procede ad effettuare ulteriori acquisti e/o a diffondere informazioni positive fuorviante al mercato in modo da generare un rialzo nel prezzo dello strumento. A quel punto il manipolatore vende la partecipazione originaria ad un prezzo maggiorato.

- d) creare posizioni dominanti su offerta o domanda di uno strumento finanziario con l'effetto di fissare, direttamente o indirettamente, i prezzi di acquisto o di vendita o determinare altre condizioni commerciali non corrette (*abusive squeeze*);
- e) porre in essere un'operatività di concerto con altri specialisti/*market maker* che, abusando del loro potere di mercato, posizionano e/o mantengono intenzionalmente il *bid-ask spread* su livelli artificiali e/o lontani dal *fair value* (*creation of a floor in the price pattern*);
- f) esercitare di una significativa influenza sulla domanda, sull'offerta e sulla consegna di uno strumento finanziario o di un prodotto sottostante a uno strumento finanziario derivato, abusando della posizione dominante in modo da distorcere significativamente il prezzo al quale gli altri operatori sono obbligati, per l'assolvimento dei loro impegni, a consegnare o ricevere la consegna dello strumento finanziario o del prodotto sottostante (*corner*);
- g) inserimento di ordini nel mercato senza l'intenzione di eseguirli²⁸⁵;
- h) costituire una soglia minima del corso dei prezzi degli strumenti finanziari emessi dall'emittente/cliente attraverso la creazione di *trend rialzisti*. Tale condotta può essere realizzata ad esempio mediante l'inserimento di almeno un ordine di acquisto per quantitativi estremamente elevati rispetto alla quantità totale in circolazione ad un prezzo eventualmente anche più basso del "*bid*"²⁸⁶. In tal modo si bloccano le spinte del lato delle vendite, che non sfociano in prezzi di mercato più bassi di quello degli ordini inseriti dal lato degli acquisti se non vendendo quantitativi estremamente elevati. Tale pratica può essere più facilmente realizzata con riferimento a titoli illiquidi. Tali manipolazioni possono essere poste in essere anche attraverso operazioni di *wash sales*, *improper marched orders* e operazioni sui blocchi tali da celare il reale trend sul titolo. Indicatori di una tale manipolazione sono ad esempio: (i) un'anomala riduzione della volatilità del titolo; (ii) la tendenza dei prezzi a non scendere sotto un certo livello in presenza di un generale andamento negativo del mercato; (iii) l'ingiustificato incremento del prezzo rispetto alle informazioni pubbliche disponibili e dall'incremento dei quantitativi scambiati non accompagnato da un movimento dei prezzi. Non rientrano invece nella strategia manipolativa in oggetto quelle operazioni concluse nell'ambito di programmi di acquisto di azioni proprie o nella stabilizzazione degli strumenti finanziari previsti dalla normativa (si veda il Regolamento 2273/2003);
- i) pulire il *book* di negoziazione. Tale modalità manipolativa può attuarsi inserendo ordini di acquisto (vendita) a prezzo limitato che vanno ad applicare le migliori proposte presenti dal lato delle vendite (acquisti) a prezzi sempre più elevati (bassi) fino a quando il prezzo degli scambi (o incroci) raggiunge il valore desiderato. Tale attività, detta anche "*scalata del book*", deve essere tanto più insistente, per quantitativi inseriti e frequenza di inserimento, quanto più liquido è il titolo mentre, in presenza di un titolo illiquido, può condurre all'eliminazione di tutte le proposte presenti da un lato del mercato (c.d. pulizia del book);
- j) artefare il quadro delle operazioni: consiste nell'effettuare un'operazione o una serie di operazioni che vengono mostrate al pubblico, anche su strutture telematiche o elettroniche, per fornire l'apparenza di una attività o di un movimento dei prezzi di uno strumento finanziario;

²⁸⁴ Attività speculare al quella di "*pump and dump*": il manipolatore, dopo aver preso una posizione ribassista su un titolo, diffonde notizie negative fuorvianti al mercato causandone una diminuzione del prezzo. Chiude infine la posizione avvantaggiandosi dalla caduta del prezzo.

²⁸⁵ Implica l'inserimento di ordini, specie nei mercati telematici, a prezzi più alti (bassi) di quelli delle proposte presenti dal lato degli acquisti (vendite). L'intenzione sottostante agli ordini non è quella di eseguirli ma di fornire indicazioni fuorvianti dell'esistenza di una domanda (offerta) sullo strumento finanziario a tali prezzi più elevati (bassi)...OMISSIS.. Una variante di questo comportamento consiste nell'inserimento di un ordine per quantitativi minimi in modo da muovere il prezzo delle migliori proposte in acquisto o in vendita sullo strumento finanziario con l'intenzione di non eseguirlo, ma rimanendo eventualmente disponibili all'esecuzione qualora non si riesca a ritirarlo in tempo. Si veda inoltre la Comunicazione Consob DME/10039224 del 30-4-2010.

²⁸⁶ Si veda la Comunicazione Consob DME/10039224 del 30-4-2010.

- k) segnare il prezzo in chiusura: consiste nell'acquistare o nel vendere intenzionalmente strumenti finanziari o contratti derivati verso la fine delle negoziazioni in modo da alterare il prezzo finale dello strumento finanziario o del contratto derivato.
- l) creare *trend rialzisti* al fine di: (i) fornire agli operatori di mercato e agli investitori una migliore percezione della società; (ii) collocare nuovi strumenti finanziari a prezzi più elevati; (iii) alterare la definizione dei rapporti di concambio nelle operazioni di fusione; (iv) sottrarsi alle conseguenze negative derivanti dal connesso peggioramento del *rating* degli strumenti finanziari emessi;
- m) celare la proprietà degli strumenti finanziari ripartendo la partecipazione tra più soggetti che, agendo di concerto, riescono ad evitare la segnalazione, alla Consob e al mercato, della posizione detenuta. La partecipazione può avere ad oggetto anche strumenti finanziari che consentano di esercitare il diritto di voto solo in un secondo momento come, ad esempio, i *warrant* e le obbligazioni convertibili. Inoltre, si porta all'attenzione che, in alcuni casi, è possibile procedere all'acquisto di partecipazioni rilevanti per il tramite di particolari strumenti finanziari e.g. *swap*, *put* o *call*, originariamente dotati di una clausola di regolamento *cash*, che siano poi regolati con consegna fisica del sottostante²⁸⁷;
- n) cancellare ordini per quantitativi importanti pochi secondi prima del termine dell'asta a chiamata elettronica determinando una significativa variazione del prezzo teorico dell'asta e, quindi, del prezzo dell'asta.

Quanto sopra rappresentato resta valido anche in riferimento all'attività eventualmente posta in essere dall'intermediario attraverso conti proprietari e/o di tesoreria. Inoltre si evidenzia che le fattispecie sopra descritte riguardano attività manipolative poste in essere direttamente dalle strutture di negoziazione. Tali strutture potrebbero essere tuttavia coinvolte in attività manipolative poste concretamente in essere da altre strutture dello stesso intermediario oppure da soggetti terzi anche non appartenenti al medesimo gruppo. È questo il caso in cui la struttura di negoziazione sfrutti consapevolmente gli effetti manipolativi posti in essere da terze strutture o soggetti. Si pensi ad esempio allo sfruttamento degli effetti manipolativi indotti dalla diffusione da parte di terzi di ricerche/studi o raccomandazioni artefatte ad arte allo scopo di incidere sul prezzo dello strumento.

Si segnala inoltre che le operazioni concluse nell'ambito di programmi di acquisto di azioni proprie o nell'ambito di programmi di stabilizzazione, che siano conformi al Regolamento 2273/2003, non integrano manipolazione di mercato sia ai fini penali sia amministrativi per effetto di espressa previsione normativa²⁸⁸. Le operazioni che non rispettano le condizioni previste dal Regolamento citato non devono di per sé essere considerate come configuranti automaticamente abusi di mercato, tuttavia, non beneficiano di alcun "*safe harbour*".

In relazione invece alle attività di sostegno della liquidità e di acquisto azioni proprie per la costituzione del c.d. magazzino titoli, conformi alle prassi di mercato ammesse dalla Consob con Delibera n. 16839, non integrano di per sé gli estremi dell'illecito amministrativo per espressa

²⁸⁷ Si tratta tuttavia di casi rari e patologici che le Autorità di vigilanza hanno prontamente sanzionato (e.g. Schaeffler-Continental, Ifil-Exor).

²⁸⁸ Art. 183 (Esenzioni)

"1. Le disposizioni di cui al presente titolo non si applicano:

a) alle operazioni attinenti alla politica monetaria, alla politica valutaria o alla gestione del debito pubblico compiute dallo Stato italiano, da uno Stato membro dell'Unione europea, dal Sistema europeo delle Banche centrali, da una Banca centrale di uno Stato membro dell'Unione europea, o da qualsiasi altro ente ufficialmente designato ovvero da un soggetto che agisca per conto degli stessi;

b) alle negoziazioni di azioni proprie di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a), effettuate nell'ambito di programmi di riacquisto da parte dell'emittente o di società controllate o collegate, ed alle operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a), che rispettino le condizioni stabilite dalla Consob con regolamento."

previsione dell'art. 187-ter, comma 4²⁸⁹ TUF mentre risultano rilevanti ai fini della norma penale in commento.

Da ultimo, si segnala inoltre che le informazioni pubblicate in adempimento degli obblighi di *pre* e *post-trade transparency*, in determinati casi, possono soddisfare il requisito della *price-sensitivity* e pertanto la trasmissione di informazioni false o non complete potrebbe integrare l'illecito di manipolazione di mercato come, ad esempio, nella strategia "*Opening a position and closing it immediately after its public disclosure*" di cui alla lett. f. nella sezione dei rischi inerenti all'attività di gestione di portafogli e di fondi.

I dipartimenti maggiormente esposti al rischio in commento sono le strutture deputate alla prestazione dei servizi di negoziazione in conto proprio e in conto terzi.

ASPETTI PROCEDURALI

Come noto, nell'ottica preventiva tipica del decreto 231/01, i presidi e i controlli da adottarsi devono necessariamente agire *ex-ante* e non *ex-post*. Tuttavia la conoscenza da parte dei dipendenti dell'esistenza di adeguati continui e tempestivi controlli *ex-post* disincentiva comportamenti illeciti: più completi e tempestivi controlli *ex-post* sono inoltre utili per monitorare ed eventualmente interrompere operazioni che si collocano in un'area di rischio.

Il primo e più importante presidio organizzativo in materia è costituito dalla formazione e sensibilizzazione del personale. Tale attività deve essere volta a fornire una rappresentazione quanto più chiara e precisa delle fattispecie manipolative e dei rischi legali connessi sia per l'individuo sia per l'intermediario. Compito della formazione è anche quello di promuovere comportamenti che rispondano non solo a criteri di liceità ma anche più ingenerale di eticità e correttezza. È inoltre importante che i corsi di formazione riguardino non solo la normativa di fonte legale/regolamentare ma anche le procedure interne adottate dall'intermediario stesso.

In relazione al rischio di manipolazione informativa, appare necessario che vengano adottate procedure interne che definiscano in base al tipo di informazione/notizia/comunicazione e al tipo di destinatario misure specifiche volte verificare la veridicità e correttezza delle notizie/informazioni prima della loro comunicazione e le modalità per la loro diffusione. In genere può ritenersi un valido presidio organizzativo la individuazione di soggetti e/o comitati volti ad autorizzare, previa verifica del contenuto, la diffusione di quelle notizie/informazioni/comunicazioni che più tipicamente possono essere utilizzate per porre in essere forme di manipolazione informativa. Posto che le strategie di manipolazione del mercato di tipo informativo sono spesso finalizzate a consentire guadagni dall'operatività sul mercato, è auspicabile che vengano effettuati dei controlli sull'operatività dei soggetti/desk rilevanti nei giorni immediatamente precedenti e successivi alla diffusione delle informazioni.

Tra le notizie/informazioni/comunicazioni che dovrebbero essere assoggettate a tale *iter* si segnalano quelle aventi il seguente contenuto:

- cambiamenti di controllo e/o nei patti di controllo;
- variazioni dell'alta direzione;
- operazioni che coinvolgono il capitale o l'attività di finanziamento (*i.e.* debito);
- operazioni di *buy-back*;
- fusioni, scissioni e acquisizioni e altri eventi rilevanti;
- modifica dei diritti degli strumenti finanziari emessi;

²⁸⁹ "Per gli illeciti indicati al comma 3, lettere a) e b), non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato."

- operazioni di ristrutturazione aziendale;
- variazione nel valore di licenze, brevetti e marchi;
- introduzione di nuovi prodotti o processi produttivi;
- cambiamenti importanti nelle ordinarie strategie di business;
- strutturazioni di operazioni di emissione di strumenti finanziari;
- ricerche studio o altre raccomandazioni destinati alla clientela o al pubblico;
- operazioni di *internal dealing*;
- informazioni privilegiate;
- dichiarazioni pubbliche del *top management*;
- partecipazioni rilevanti.

Si segnala che buona parte delle notizie/informazioni di cui sopra sono anche rilevanti ai fini dell'abuso di informazioni privilegiate e pertanto soggiacciono ai relativi presidi e procedure.

In relazione sia alla manipolazione operativa che informativa si segnalano alcuni possibili strumenti organizzativi/procedurali che possono essere adottati al fine di prevenire la commissione dei suddetti reati:

- mappare le aree aziendali esposte al rischio di manipolazione;
- adottare procedure operative che vietino espressamente le pratiche manipolative nonché quelle che pur non configurando un illecito potrebbero costituire il presupposto o la preparazione dello stesso;
- adottare procedure e sistemi di *detection* delle operazioni sospette da implementare in relazione sia alle negoziazioni eseguite per conto della clientela sia a quelle eseguite per conto della proprietà;
- definire un piano dei controlli di I, II e III livello che sia chiaro nella definizione dei compiti e delle responsabilità delle varie funzioni coinvolte;
- definizione di procedure sanzionatorie volte a prevenire la violazione delle procedure interne adottate;
- regolare tenuta e aggiornamento dei registri delle persone in possesso di informazioni privilegiate nonché del registro dei conflitti di interesse;
- adozione di procedure/*policy* specifiche in materia di operazioni personali poste in essere da soggetti rilevanti;
- adozione di divieti temporanei ad operare su determinati strumenti finanziari indirizzati a specifici dipartimenti che potrebbero essere in possesso di informazioni privilegiate riguardanti l'emittente o gli strumenti finanziari stessi (*restricted list*);
- creazione di "*watch list*", ovvero di liste di titoli relativamente ai quali specifici dipartimenti dell'intermediario possono operare previa autorizzazione del *compliance*;
- la registrazione di tutte le telefonate in uscita e/o in entrata da particolari postazioni telefoniche in uso a persone o aree di business particolarmente esposte al rischio di *market manipulation*;
- creazione di presidi di segregazione fisica (*chinese wall*);
- costante aggiornamento del sistema delle deleghe aziendali che identifica ruoli, responsabilità e autorizzazioni concesse a ciascun dipendente in ragione dell'attività svolta nell'area/funzione di appartenenza;
- in relazione agli obblighi di *pre-trade* e *post-trade transparency*, laddove non vi sia un sistema automatizzato di elaborazione e trasmissione dei dati, si ritiene opportuno: (i) nominare un soggetto responsabile della manuale imputazione e trasmissione degli stessi e (ii) predisporre un piano di controlli periodici volti a verificare la correttezza delle informazioni trasmesse.

Gli intermediari adottano tutti o solo alcuni dei presidi sopra rappresentati o altri presidi che ritengano opportuni tenuto conto delle proprie specificità organizzative e operative ed in base al principio di proporzionalità.

Si sottolinea inoltre l'importanza di un corretto monitoraggio e di una tempestiva segnalazione delle operazioni sospette, così come stabilito dall'articolo 44²⁹⁰ del Regolamento Consob n. 16191 ("Regolamento Mercati") ai fini della segnalazione ex articolo 187-*nonies* del TUF. Sarebbe opportuno infatti creare un costante scambio di flussi informativi relativi alle operazioni potenzialmente sospette tra l'organo preposto alla loro identificazione/verifica e il legale e/o il *compliance* qualora l'attività di identificazione e verifica delle operazioni sospette sia svolta da un organo o funzione diversa dal legale e/o *compliance*.

Come nella trattazione relativa al reato di abuso di informazioni privilegiate, anche con riferimento alla manipolazione di mercato si ritiene importante sottolineare che, al fine di predisporre un'efficace rete di controlli, è fondamentale la capacità di riuscire a collegare (e quindi valutare e monitorare) l'operatività posta in essere dall'intermediario su un determinato titolo con gli interessi propri o di terzi collegati all'intermediario (inclusi i clienti) che lo stesso soggetto potrebbe avere sul titolo.

Inoltre, laddove l'intermediario effettui operazioni di stabilizzazione ovvero di acquisto azioni proprie per la costituzione di un magazzino titoli e/o attività di sostegno della liquidità, si sottolinea l'importanza del rispetto dei limiti sanciti rispettivamente nel Regolamento CE 2273/2003 e nella Delibera Consob n. 16839. Sebbene le operazioni di acquisto azioni proprie e l'attività di sostegno della liquidità non siano esenti *tout court* dall'applicazione delle disposizioni penali in materia di abusi di mercato, si ritiene che, nello svolgimento dell'attività, il rispetto dei limiti quantitativi e qualitativi sanciti dalla citata Delibera costituisca un valido presidio anche al fine di prevenire l'eventuale responsabilità amministrativa ex 231 dell'intermediario laddove si dovesse configurare il reato penale.

²⁹⁰ Art. 44 (Soggetti tenuti alla segnalazione)

1. I soggetti indicati nell'art. 187-*nonies* del Testo Unico effettuano le segnalazioni ivi previste alla Consob per le operazioni sospette da essi effettuate ovvero concluse nei mercati regolamentati, nei sistemi di scambi organizzati, ovvero nelle altre piattaforme di negoziazione da essi gestiti aventi ad oggetto gli strumenti finanziari indicati nell'articolo 180, comma 1, lettere a) e b) del Testo Unico. Formano oggetto della segnalazione le operazioni e gli ordini non eseguiti.

2. Non sono tenuti agli obblighi previsti dal comma 1 le imprese di investimento comunitarie, le banche comunitarie e le società di gestione armonizzate che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi.

RESPONSABILITA' DELL'ENTE PER GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI DI ABUSI DI MERCATO DI CUI AGLI ARTICOLI 187-*bis* E 187-*ter* DEL T.U.F.

L'articolo 187-*quinqüies*²⁹¹ del TUF ha introdotto nel nostro ordinamento una forma di responsabilità amministrativa in capo agli enti in conseguenza della commissione degli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, previsti rispettivamente dagli articoli 187-*bis* e 187-*ter* del TUF, qualora commessi nell'interesse o a vantaggio degli enti medesimi da *“persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso”* oppure *“da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza delle prime”*.

Oltre al richiamo ad elementi tipici della responsabilità di cui al Decreto 231 (commissione di un illecito - in tal caso amministrativo e non penale – da parte di soggetti in determinato rapporto con l'ente, nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo), il legislatore ha compiuto un rinvio formale all'applicazione degli articoli 6, 7, 8 e 12 del decreto citato. Ne deriva che ha rilievo sia l'introduzione di un modello organizzativo con funzione preventiva sia l'autonoma responsabilità dell'ente nei casi in cui l'autore dell'illecito non sia identificato.

Pertanto gli illeciti amministrativi ex artt. 187-*bis* e 187-*ter* a margine della trattazione degli illeciti penali di abusi di mercato avendo cura di sottolineare che la responsabilità amministrativa dell'ente, così come disciplinata dal TUF, non costituisce mera riproposizione di quella ex D.lgs 231/01 bensì un ulteriore profilo autonomo di responsabilità, e conseguente sanzionabilità, dell'ente.

²⁹¹ Art. 187-*quinqüies* (*Responsabilità dell'ente*)

1. L'ente è responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti di cui al presente capo commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. Se, in seguito alla commissione degli illeciti di cui al comma 1, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto.

3. L'ente non è responsabile se dimostra che le persone indicate nel comma 1 hanno agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi.

4. In relazione agli illeciti di cui al comma 1 si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 6, 7, 8 e 12 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Il Ministero della giustizia formula le osservazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, sentita la Consob, con riguardo agli illeciti previsti dal presente titolo.

Di seguito i testi delle due norme in cui sono disciplinati gli illeciti amministrativi citati.

Art. 187-bis Abuso di informazioni privilegiate

1. *Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro tre milioni chiunque, essendo in possesso di informazioni privilegiate in ragione della sua qualità di membro di organi di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente, della partecipazione al capitale dell'emittente, ovvero dell'esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione, anche pubblica, o di un ufficio:*
 - a) *acquista, vende o compie altre operazioni, direttamente o indirettamente, per conto proprio o per conto di terzi su strumenti finanziari utilizzando le informazioni medesime;*
 - b) *comunica informazioni ad altri, al di fuori del normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio;*
 - c) *raccomanda o induce altri, sulla base di esse, al compimento di taluna delle operazioni indicate nella lettera a).*
2. *La stessa sanzione di cui al comma 1 si applica a chiunque essendo in possesso di informazioni privilegiate a motivo della preparazione o esecuzione di attività delittuose compie taluna delle azioni di cui al medesimo comma 1.*
3. *Ai fini del presente articolo per strumenti finanziari si intendono anche gli strumenti finanziari di cui all'articolo 1, comma 2, il cui valore dipende da uno strumento finanziario di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a).*
4. *La sanzione prevista al comma 1 si applica anche a chiunque, in possesso di informazioni privilegiate, conoscendo o potendo conoscere in base ad ordinaria diligenza il carattere privilegiato delle stesse, compie taluno dei fatti ivi descritti.*
5. *Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dai commi 1, 2 e 4 sono aumentate fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole ovvero per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo.*
6. *Per le fattispecie previste dal presente articolo il tentativo è equiparato alla consumazione.*

Art. 187-ter Manipolazione del mercato

1. *Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.*
2. *Per i giornalisti che operano nello svolgimento della loro attività professionale la diffusione delle informazioni va valutata tenendo conto delle norme di autoregolamentazione proprie di detta professione, salvo che tali soggetti traggano, direttamente o indirettamente, un vantaggio o un profitto dalla diffusione delle informazioni.*
3. *Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 1 chiunque pone in essere:*
 - a) *operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari;*
 - b) *operazioni od ordini di compravendita che consentono, tramite l'azione di una o di più persone che agiscono di concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale;*
 - c) *operazioni od ordini di compravendita che utilizzano artifici od ogni altro tipo di inganno o di espediente;*
 - d) *altri artifici idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari.*
4. *Per gli illeciti indicati al comma 3, lettere a) e b), non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato.*

5. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dai commi precedenti sono aumentate fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole, per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato, esse appaiono inadeguate anche se applicate nel massimo.

6. Il Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Consob ovvero su proposta della medesima, può individuare, con proprio regolamento, in conformità alle disposizioni di attuazione della direttiva 2003/6/CE adottate dalla Commissione europea, secondo la procedura di cui all'articolo 17, paragrafo 2, della stessa direttiva, le fattispecie, anche ulteriori rispetto a quelle previste nei commi precedenti, rilevanti ai fini dell'applicazione del presente articolo.

7. La Consob rende noti, con proprie disposizioni, gli elementi e le circostanze da prendere in considerazione per la valutazione dei comportamenti idonei a costituire manipolazioni di mercato, ai sensi della direttiva 2003/6/CE e delle disposizioni di attuazione della stessa.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE

Manca una determinazione per quote della sanzione in capo all'ente.

L'articolo 187-*quinquies*, stabilisce che l'ente è responsabile nella stessa misura della sanzione pecuniaria comminata alla persona fisica autrice dell'illecito amministrativo. Si ricorda in proposito che a comminare tali sanzioni amministrative provvede direttamente la Consob, nell'esercizio del potere sanzionatorio conferitole dall'articolo 187-*septies* del TUF.

DESCRIZIONE DELLE FATTISPECIE

Per quanto riguarda l'**abuso di informazioni privilegiate**, ferma una sostanziale coincidenza tra la condotta di cui al reato e quella che integra l'illecito amministrativo, si evidenziano le seguenti differenze:

- il soggetto agente può rispondere anche a titolo di comportamento colposo e non solo doloso come per i reati penali²⁹²;
- ampliamento del novero dei soggetti attivi per effetto dell'art. 187-*bis*, comma 4, che sancisce la punibilità anche per coloro i quali, a qualunque titolo (i c.d. *insider secondari*), sfruttino l'informazione privilegiata, conoscendo o potendo conoscere, in base ad ordinaria diligenza, il carattere privilegiato della stessa. Vi rientrano pertanto anche i casi di "*tippee trading*", ovvero sia gli illeciti realizzati dall'*insider secondario* che, seppur casualmente, entri in possesso di informazioni qualificabili come privilegiate.

Con riferimento alla **manipolazione di mercato**, confrontando l'azione delittuosa di cui all'articolo 185 TUF e la condotta illecita ex articolo 187-*ter* TUF, è possibile innanzitutto evidenziare quanto segue:

- anche la sola diffusione di informazioni e/o voci attraverso qualsiasi mezzo, compreso internet, può costituire il presupposto per la responsabilità amministrativa di cui all'art. 187-*ter* a differenza della condotta penale (ex art. 185) che attribuisce rilevanza alla sola diffusione di notizie;
- risultano rilevanti anche le notizie/informazioni/voci che pur non essendo false siano tuttavia fuorvianti;
- l'illecito amministrativo si configura anche in assenza del requisito della sensibile alterazione del prezzo che costituisce invece elemento essenziale dell'illecito penale.

²⁹² Nella violazione amministrativa, il concetto di "ordinaria diligenza" è alla base della conoscenza del carattere privilegiato delle informazioni e rappresenta una tipica espressione della colpa, assente nella parallela figura di delitto.

Sulla rilevanza del prezzo negli abusi di mercato si è pronunciata la Cassazione che, con sentenza n. 15199 del 2006, ha fondato la distinzione tra illecito penale e illecito amministrativo proprio sulla presenza dell'elemento della sensibile alterazione del prezzo, ribadendo che nell'illecito amministrativo, e solo in tale caso, esso non è necessario ai fini della configurabilità della manipolazione del mercato²⁹³.

Si richiama inoltre l'attenzione degli Associati su un ulteriore elemento di distinzione della disciplina dell'illecito penale da quella di illecito amministrativo: solo in relazione alle ipotesi di illecito amministrativo, di cui all'articolo 187-ter, comma 3, lett a) e b)²⁹⁴, operano come causa di giustificazione le pratiche di mercato ammesse così come stabilito al comma 4. Le pratiche di mercato attualmente ammesse sono inerenti all'attività di sostegno della liquidità del mercato e all'acquisto di azioni proprie per la costituzione di un c.d. "magazzino" titoli²⁹⁵.

²⁹³ "Le fattispecie previste dagli artt. 184 e 187-ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), entrambe riferite a casi di manipolazione del mercato, presentano alcuni elementi differenziali che agevolano la risoluzione dei problemi applicativi. In particolare, tra tali elementi di differenziazione, oltre ad una più dettagliata descrizione delle condotte punibili, vi è il riferimento al dato quantitativo dell'alterazione del prezzo degli strumenti finanziari causato dalle operazioni poste in essere dal mercato, dato, questo, presente solo nella disposizione penale. L'art. 185 TUF, infatti, punisce chiunque ponga in essere operazioni simulate o altri artifici che siano concretamente idonei a provocare "una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari", mentre nella previsione di cui all'art. 187-ter TUF manca ogni riferimento a tale dato quantitativo e alla stessa "idoneità" della condotta." E ancora "L'art. 187-ter TUF non è infatti riferibile a condotte qualificabili *latu sensu* come "truffaldine" o "artificiose", in quanto realizza una tutela anticipata, attraverso la minaccia di sanzioni amministrative che colpiscono singole condotte astrattamente in grado di produrre un "disturbo" dei mercati finanziari. Una linea distintiva ai fini dell'applicazione delle due disposizioni può individuarsi proprio nella presenza di condotte dirette a realizzare operazioni simulate o altri artifici, nonché in quei casi in cui tali azioni siano idonee a concretizzare una sensibile modifica del prezzo degli strumenti finanziari. Soltanto quando non vi siano condotte così tipizzate e manchi siffatta idoneità alterativa potrà trovare applicazione l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-ter d.lgs. n. 58/1998, che si concretizza appunto come fattispecie di pericolo astratto."

²⁹⁴ ...omissis..."a) operazioni od ordini di compravendita che forniscano o siano idonei a fornire indicazioni false o fuorvianti in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo di strumenti finanziari;
b) operazioni od ordini di compravendita che consentono, tramite l'azione di una o di più persone che agiscono di concerto, di fissare il prezzo di mercato di uno o più strumenti finanziari ad un livello anomalo o artificiale."

²⁹⁵ Delibera Consob n. 16839 del 19 marzo 2009.

ART. 25-SEPTIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a mille quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.
2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a duecentocinquanta quote e non superiore a cinquecento quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.
3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a duecentocinquanta quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi.

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25-septies del D.lgs. n. 231/01 sono:

589

590, comma 3

PREMESSA

Il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (Testo Unico Sicurezza sul lavoro – di seguito TU Sicurezza)²⁹⁶, in attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n.123 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, ha modificato il *corpus* del decreto 231/01 introducendo, all'art. 25-septies, i reati di omicidio colposo e lesioni gravi e gravissime, di cui agli articoli 589 e 590, comma 3 c.p.

Con l'art. 25-septies si introduce per la prima volta una responsabilità amministrativa dell'ente per reati colposi (*i.e.* omicidio colposo e lesioni personali colpose) in contrapposizione a quella derivante dalle altre fattispecie delittuose richiamate dal decreto 231/01 fondate, invece, sull'elemento soggettivo del dolo.

In relazione a tali reati colposi, il criterio dell'interesse e/o vantaggio dell'ente nel compimento del reato merita una particolare riflessione. Secondo la dottrina prevalente e le prime pronunce giurisprudenziali, sembra potersi affermare che, in relazione alla commissione dei reati di cui agli articoli 589 e 590, il vantaggio e/o interesse dell'ente si configuri per il solo fatto che i presidi e le misure previsti dalla normativa sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro non siano stati implementati, determinando, in tal modo, un vantaggio economico indiretto per l'ente. Ci si riferisce, ad esempio, alle spese per i consulenti e/o alla messa a norma in sicurezza degli impianti e/o delle strutture²⁹⁷.

²⁹⁶ Il D.Lgs. 81/2008 ha abrogato la L.626/1994 che recava la disciplina relativa alla salute e alla sicurezza nei luoghi di lavoro attualmente contenuta nel citato decreto.

²⁹⁷ La recente sentenza del Tribunale di Trani del 26 ottobre 2009, ha infatti chiarito che "...omississ... Se l'evento delittuoso infatti è il risultato della mancata adozione di misure di prevenzione, spesso è agevole sostenere che la

Ciò posto, va tuttavia sottolineato che la responsabilità del datore di lavoro e dell'ente non possono estendersi ai casi in cui il lavoratore rimanga vittima di uno dei reati richiamati dall'art. 25-septies qualora la condotta di quest'ultimo non abbia rispettato gli standard generali di prudenza e possa essere definita come abnorme (non conforme), in relazione alle mansioni assegnate e alle modalità di esecuzione delle stesse²⁹⁸.

A fini di completezza, si ricorda che l'impianto normativo del TU Sicurezza si articola in una serie di obblighi e precauzioni che il datore di lavoro e i soggetti preposti alla sicurezza aziendale sono tenuti a rispettare/implementare al fine di garantire il rispetto della citata normativa. Tra i vari obblighi, è presente anche un generale dovere di formare il personale in materia di igiene e sicurezza sul lavoro²⁹⁹.

Tali obblighi ricadono sul datore di lavoro che può avvalersi di consulenti o delegare a terzi quelli che la legge non gli riserva esplicitamente (*i.e.* obblighi non delegabili: valutazione e predisposizione di una relazione che verta sui rischi aziendali; individuazione e designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi). La delega delle funzioni non esclude tuttavia la responsabilità penale del datore di lavoro in caso di infortunio del lavoratore in quanto il soggetto delegato *non è titolare di alcuna posizione di garanzia rispetto all'osservanza della normativa antinfortunistica e che opera quale "consulente" in tale materia del datore di lavoro, il quale è e rimane direttamente tenuto ad assumere le necessarie iniziative idonee a neutralizzare le situazioni di rischio*³⁰⁰.

mancata adozione di tali misure abbia garantito un vantaggio alla società o all'ente, ad esempio nella forma di un risparmio di costi...omissis...Quindi il requisito dell'interesse o del vantaggio è pienamente compatibile con l'illecito introdotto dall'art. 9, L.123 dovendosi di volta in volta accertare solo se la condotta che ha determinato la morte o le lesioni personali sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente oppure se la condotta medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri.

²⁹⁸ Si vedano le sentenze Cass. pen., sez. IV, 16422 del 29-01-2007 e Cass. Penale n. 32357/2010.

²⁹⁹ I punti cardine della disciplina sono essenzialmente contenuti all'articolo 15 del TU Sicurezza (**Art. 15. Misure generali di tutela.**

1. Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro sono: a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza; b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro; c) l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico; d) il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo; e) la riduzione dei rischi alla fonte; f) la sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o è meno pericoloso; g) la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio; h) l'utilizzo limitato degli agenti chimici, fisici e biologici sui luoghi di lavoro; i) la priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale; l) il controllo sanitario dei lavoratori; m) l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona e l'adibizione, ove possibile, ad altra mansione; n) l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori; o) l'informazione e formazione adeguate per dirigenti e i preposti; p) l'informazione e formazione adeguate per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; q) le istruzioni adeguate ai lavoratori; r) la partecipazione e consultazione dei lavoratori; s) la partecipazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; t) la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi; u) le misure di emergenza da attuare in caso di primo soccorso, di lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori e di pericolo grave e immediato; v) l'uso di segnali di avvertimento e di sicurezza; z) la regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, impianti, con particolare riguardo ai dispositivi di sicurezza in conformità alla indicazione dei fabbricanti.

2. Le misure relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute durante il lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori.").

³⁰⁰ Si veda la sentenza della Cass. Penale n. 32357/2010.

Si sottolinea inoltre che lo stesso articolo 30 del TU Sicurezza (“Modelli di organizzazione e gestione”) specifica che il modello di organizzazione e gestione, adottato ai sensi del Decreto 231/01 (MOG), non può dirsi efficacemente attuato qualora non assicuri il funzionamento di un sistema aziendale per l’adempimento degli obblighi derivanti dalla normativa sulla tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro (sistema di gestione dei rischi)³⁰¹.

Si profila pertanto un sistema “preventivo”, articolato sull’interazione di due differenti modelli gestionali e comportamentali: il primo trae origine dagli obblighi del TU Sicurezza e declina in modo specifico le responsabilità e gli oneri dei soggetti direttamente coinvolti nella gestione e nel monitoraggio della sicurezza sul luogo di lavoro; il secondo, il MOG, è costituito da una serie più ampia di obblighi e generiche precauzioni improntate ai doveri di correttezza e trasparenza, sulla scorta del Decreto 231, che comprende, al suo interno, anche la struttura del modello ex TU Sicurezza.

Si ricorda infine il ruolo chiave della formazione del personale, richiamato sia dal decreto 231/01 sia dal TU Sicurezza ognuno per i propri rispettivi scopi e ambiti di applicazione, che si configura come momento di partecipazione dei dipendenti alla vita dell’azienda e di accrescimento della loro consapevolezza sul tema dei diritti e dei doveri di ciascuno.

³⁰¹ Ai sensi dell’articolo 30 del TU Sicurezza un adeguato modello di gestione deve essere imperniato sui seguenti punti cardine: (i) rispetto degli standard tecnico-strutturali relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; (ii) attività di valutazione dei rischi e predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; (iii) attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; (iv) sorveglianza sanitaria; (v) informazione e formazione dei lavoratori; (vi) vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; (vii) documentazioni e certificazioni obbligatorie per legge; (viii) verifiche dell’applicazione e dell’efficacia delle procedure adottate.

REATI PRESUPPOSTO

Art.589 Omicidio colposo

Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a sette anni.

Si applica la pena della reclusione da tre a dieci anni se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale da:

1) soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni;

2) soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni quindici.

D.Lgs. 81/2008 - Art. 55. Sanzioni per il datore di lavoro e il dirigente

1. E' punito con l'arresto da quattro a otto mesi o con l'ammenda da 5.000 a 15.000 euro il datore di lavoro:

a) che omette la valutazione dei rischi e l'adozione del documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), ovvero che lo adotta in assenza degli elementi di cui alle lettere a), b), d) ed f) dell'articolo 28 e che viola le disposizioni di cui all'articolo 18, comma 1, lettere q) e z), prima parte;

b) che non provvede alla nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera b), salvo il caso previsto dall'articolo 34.

2. Nei casi previsti al comma 1, lettera a), si applica la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e sei mesi se la violazione è commessa:

a) nelle aziende di cui all'articolo 31, comma 6, lettere a), b), c), d), f);

b) in aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici di cui all'articolo 268, comma 1, lettere c) e d), da atmosfere esplosive, cancerogeni mutageni, e da attività di manutenzione, rimozione smaltimento e bonifica di amianto;

c) per le attività disciplinate dal titolo IV caratterizzate dalla compresenza di più imprese e la cui entità presunta di lavoro non sia inferiore a 200 uomini-giorno.

3. E' punito con l'ammenda da 3.000 a 9.000 euro il datore di lavoro che non redige il documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), secondo le modalità di cui all'articolo 29, commi 1, 2 e 3, nonché nei casi in cui nel documento di valutazione dei rischi manchino una o più delle indicazioni di cui all'articolo 28, comma 2, lettere c) ed e).

4. Il datore di lavoro e il dirigente sono puniti:

a) con l'arresto da due a quattro mesi o con l'ammenda da 800 a 3.000 euro per la violazione degli articoli 18, comma 1, lettere b), e), g), i), m), n), o), p), 34, comma 3, 36, commi 1, 2 e 3, 43, comma 1, lettere a), b) e c);

b) con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.000 a 5.000 euro per la violazione degli articoli 18, commi 1, lettere d), h) e v), e 2, 26, comma 1, lettera b), 43, comma 1, lettere d) ed e), 45, comma 1, 46, comma 2;

c) con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 2.000 a 5.000 euro per la violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera c). Nei casi previsti dal comma 2, si applica la pena dell'arresto da quattro a otto mesi;

d) con l'arresto da quattro a otto mesi o con l'ammenda da 1.500 a 6.000 euro per la violazione degli articoli 26, comma 1, e 2, lettere a) e b), 34, commi 1 e 2;

e) con l'arresto da quattro a otto mesi o con l'ammenda da 2.000 a 4.000 euro per la violazione degli articoli 18, comma 1, lettera l), e 43, comma 4;

f) con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 3.000 a 10.000 euro per non aver provveduto alla nomina di cui all'articolo 18, comma 1, lettera a);

g) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.500 a 4.500 euro per la violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera bb);

h) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.500 a 10.000 euro per la violazione degli articoli 29, comma 4, e 35, comma 2;⁽⁸⁾

i) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.500 a 7.500 euro per la violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera r), con riferimento agli infortuni superiori ai tre giorni;

l) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 3.000 euro per la violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera r), con riferimento agli infortuni superiori ad un giorno;

m) con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ciascun lavoratore, in caso di violazione dell'articolo 26, comma 8;

n) con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.000 a euro 3.000 in caso di violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera s);
o) con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 500 in caso di violazione dell'articolo 18, comma 1, lettera aa).
5. L'applicazione della sanzione di cui al comma 4, lettera i), esclude l'applicazione delle sanzioni conseguenti alla violazione dell'articolo 53 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124.

- Fuori dalle fattispecie previste dall'art. 55, comma 2 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81

SANZIONI IN CAPO DELL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01 AI SENSI DEL COMMA 2

Sanzione pecuniaria: compresa tra 250 e 500 quote cioè nel minimo da euro 64.557 a euro 387.342 e, nel massimo, da euro 129.114 a euro 774.685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di contrarre con la PA salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, esclusione dalle agevolazioni, finanziamenti contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, divieto di pubblicizzare beni o servizi per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva della condotta: trattandosi di un reato a forma libera, il delitto in commento può essere posto in essere attraverso qualunque azione e/o omissione³⁰² finalizzata a provocare la morte del soggetto passivo. Tale reato rileva esclusivamente nel caso in cui sia commesso in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (TU Sicurezza 81/2008).

Elemento soggettivo: **colpa** ovvero sia manca nel soggetto attivo l'intenzionalità dell'evento lesivo che tuttavia si realizza a seguito della sua negligenza, imperizia, imprudenza (colpa generica) o per l'inosservanza di leggi e regolamenti (colpa specifica).

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il secondo comma dell'articolo 25-*septies* sancisce la punibilità dell'ente per il delitto di omicidio colposo commesso in violazione delle generiche norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro ad opera di un soggetto in posizione apicale, di un dipendente o da un soggetto a questi equiparato a vantaggio o nell'interesse dell'ente stesso.

Come già sottolineato nella parte introduttiva, la responsabilità dell'ente per la commissione del reato di omicidio colposo (e lesioni personali come si preciserà in seguito) sembra potersi configurare anche in assenza di una generica o specifica utilità derivante direttamente dal reato. In relazione al delitto perpetrato con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro è infatti sufficiente che i

³⁰² Si precisa che l'omissione risulta rilevante solo qualora il soggetto attivo si trovi in una "posizione di garanzia" rispetto al bene giuridico protetto ovvero sia tale soggetto abbia l'obbligo giuridico di impedire l'evento lesivo (art. 40 c.p.).

presidi e le misure previsti dalla normativa sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro non siano stati implementati, determinando, in tal modo, un vantaggio economico indiretto per l'ente.

Pertanto, la condotta negligente del datore di lavoro che, omettendo di implementare le norme poste a tutela della sicurezza del lavoratore (attraverso per esempio la mancata valutazione dei rischi aziendali e/o della nomina del responsabile interno per la sicurezza), abbia cagionato la morte di una persona può costituire il presupposto per l'insorgere di responsabilità ex decreto 231/01.

Numerose pronunce giurisprudenziali hanno inoltre confermato che, in tema di sicurezza sul lavoro, la responsabilità del datore di lavoro per morte o lesioni personali a danno di un soggetto terzo non dipendente non può essere esclusa (sussiste) laddove la presenza della vittima sul luogo di lavoro, al momento dell'infortunio, non avesse carattere di anormalità e/o atipicità³⁰³.

Il datore di lavoro, in virtù della sua posizione di garante della sicurezza anche nei confronti dei terzi, è responsabile nei casi di inidoneità nella predisposizione delle misure di sicurezza richieste che, seppur adottate, non hanno integrato i requisiti minimi di legge. Si ricorda inoltre che la creazione e l'implementazione dei presidi richiesti dal TU Sicurezza costituiscono un prerequisito per l'efficacia dello stesso MOG ai sensi dell'art. 30 del citato testo unico.

Il MOG deve pertanto:

1. individuare le specifiche aree di rischio infortuni a livello di azienda; a tal fine potrà avvalersi del "Documento di Valutazione dei Rischi", redatto ai sensi dell'art. 18 D.Lgs 81/08, che contempla la valutazione dei rischi riscontrati in azienda al fine di garantire una concreta tutela della salute dei lavoratori. Tale documento costituisce parte delle attività che la società deve porre in essere per dare concreta attuazione al disposto dell'art. 30 D.Lgs. 81/08, secondo i principi espressi dalle Linee Guida UNI – INAIL e dal British Standard OHSAS 18001;
2. predisporre gli opportuni e necessari presidi, misure e piani di sicurezza;
3. individuare condotte o fatti sintomatici del cattivo, difettoso o mancato funzionamento dei suddetti presidi, misure e piani di sicurezza.

- **Con violazione dell'art. 55, comma 2 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81**

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01 AI SENSI DEL COMMA 1

Sanzione pecuniaria: 1000 quote, da un minimo di euro 258.228 a un massimo di euro 1.550.000;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di contrarre con la PA salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, esclusione dalle agevolazioni, finanziamenti contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, divieto di pubblicizzare beni o servizi per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

PREMESSA

³⁰³ Cass., sez. IV, 10 novembre 2005 – 31 marzo 2006, n. 11360; Cass., sez IV, 7 febbraio 2008 – 11 marzo 2008, n. 10842.

Si segnala che **il primo comma dell'art. 25-septies non trova applicazione agli intermediari finanziari** posto che l'art. 55, comma 2 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 disciplina specifiche violazioni delle norme sulla salute e sicurezza sul lavoro commesse:

- (i) in stabilimenti in cui sono presenti sostanze pericolose³⁰⁴;
- (ii) in centrali termoelettriche;
- (iii) in impianti ed installazioni operanti nel settore termonucleare;
- (iv) in aziende per la fabbricazione e il deposito separato di esplosivi, polveri e munizioni;
- (v) in industrie estrattive con oltre 50 lavoratori;
- (vi) in aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici di cui all'*articolo 268*, comma 1, lettere c) e d)³⁰⁵ del TU Sicurezza, da atmosfere esplosive, cancerogeni mutageni, e da attività di manutenzione, rimozione smaltimento e bonifica di amianto;
- (vii) nell'ambito delle attività svolte in cantieri temporaneo o mobili, caratterizzate dalla compresenza di più imprese e la cui entità presunta di lavoro non sia inferiore a 200 uomini-giorno.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva della condotta: trattandosi di un reato a forma libera, il delitto in commento può essere posto in essere attraverso qualunque azione e/o omissione³⁰⁶ finalizzata a provocare la morte del soggetto passivo. Tale reato rileva esclusivamente nel caso in cui sia commesso in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (TU Sicurezza 81/2008).

Elemento soggettivo: **colpa** ovvero sia manca nel soggetto attivo l'intenzionalità dell'evento lesivo che tuttavia si realizza a seguito della sua negligenza, imperizia, imprudenza (colpa generica) o per l'inosservanza di leggi e regolamenti (colpa specifica).

³⁰⁴ D.Lgs. 334/1999 - Art. 2 Ambito di applicazione

1. Il presente decreto si applica agli stabilimenti in cui sono presenti sostanze pericolose in quantità uguali o superiori a quelle indicate nell'allegato I.

2. Ai fini del presente decreto si intende per "presenza di sostanze pericolose" la presenza di queste, reale o prevista, nello stabilimento ovvero quelle che si reputa possano essere generate, in caso di perdita di controllo di un processo industriale, in quantità uguale o superiore a quelle indicate nell'allegato I.

...omissis...

³⁰⁵ **Art. 268. Classificazione degli agenti biologici**

1. Gli agenti biologici sono ripartiti nei seguenti quattro gruppi a seconda del rischio di infezione:

a) agente biologico del gruppo 1: un agente che presenta poche probabilità di causare malattie in soggetti umani;

b) agente biologico del gruppo 2: un agente che può causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori; è poco probabile che si propaghi nella comunità; sono di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche;

c) agente biologico del gruppo 3: un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche;

d) agente biologico del gruppo 4: un agente biologico che può provocare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori e può presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità; non sono disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche.

2. Nel caso in cui l'agente biologico oggetto di classificazione non può essere attribuito in modo inequivocabile ad uno fra i due gruppi sopraindicati, esso va classificato nel gruppo di rischio più elevato tra le due possibilità.

3. L'allegato XLVI riporta l'elenco degli agenti biologici classificati nei gruppi 2, 3 e 4.

³⁰⁶ Si precisa che l'omissione risulta rilevante solo qualora il soggetto attivo si trovi in una "posizione di garanzia" rispetto al bene giuridico protetto ovvero sia tale soggetto abbia l'obbligo giuridico di impedire l'evento lesivo (art. 40 c.p.).

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto che gli intermediari finanziari non sono inclusi tra i soggetti esplicitamente citati all'articolo 55, comma 2 del TU Sicurezza, il comma 1 dell'articolo 25-*septies* risulta inapplicabile.

Art. 590 Lesioni personali colpose *

Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale, è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a euro 309.

Se la lesione è grave la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da euro 123 a euro 619, se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da euro 309 a euro 1.239.

Se i fatti di cui al precedente capoverso sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della sicurezza stradale o di quella per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da tre mesi a un anno e della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre. Nei casi di violazione delle norme sulla circolazione stradale, se il fatto è commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la pena per le lesioni gravi è di è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni.

Nel caso di lesioni di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque.

Il delitto e' punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale.

*Rileva, ai fini del D.Lgs 231/01, esclusivamente il comma 3.

SANZIONI IN CAPO DELL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01:

Sanzione pecuniaria: da 250 quote a 500 quote cioè nel minimo da euro 64.557 a euro 387.342, e nel massimo da euro 129.114 a euro 774.685 €;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di contrarre con la PA salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, esclusione dalle agevolazioni, finanziamenti contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, divieto di pubblicizzare beni o servizi per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, si tratta infatti di reato comune.

Fattispecie oggettiva della condotta: la condotta criminosa può realizzarsi attraverso qualsiasi comportamento idoneo a cagionare la lesione³⁰⁷. Da tale comportamento lesivo, che può essere anche di tipo morale (e.g. minacce) o non violento (e.g. contagio attraverso contatto), deve necessariamente scaturire una malattia fisica e/o mentale.

Gli eventi contemplati dalla norma sono pertanto due: il compimento di un atto che arreca una lesione e l'insorgenza di una malattia conseguenza della lesione stessa, ove per malattia deve intendersi *qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo ancorché localizzata e non influente sulle condizioni organiche generali*³⁰⁸. Tra le lesioni è possibile ricomprendere, ad esempio, le percosse, le alterazioni anatomiche di minima rilevanza, lo stress, la paura e l'angoscia.

³⁰⁷ Si tratta infatti di reato a forma libera.

³⁰⁸ Definizione condivisa dalla quasi totalità della giurisprudenza.

Per quanto concerne la durata della malattia, si ritiene che essa persista finché dura il processo di reazione dell'organismo³⁰⁹.

In questa sede il reato interessa solo nel caso in cui le lesioni siano commesse in violazione delle norme per prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Nonostante la norma prescriva la procedibilità a querela della persona offesa, se la violazione è commessa con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o abbia determinato una malattia professionale sussiste sempre la procedibilità d'ufficio³¹⁰.

Elemento soggettivo: colpa ovvero sia manca nel soggetto attivo l'intenzionalità dell'evento lesivo che tuttavia si realizza a seguito della sua negligenza, imperizia, imprudenza (colpa generica) o per l'inosservanza di leggi e regolamenti (colpa specifica).

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il terzo comma dell'articolo 25-*septies* estende la responsabilità amministrativa dell'ente al delitto di lesioni personali colpose commesso in violazione delle generiche norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Tale responsabilità sembra potersi configurare anche in assenza di una generica o specifica o utilità derivante direttamente dal reato; in relazione al delitto perpetrato con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro è infatti sufficiente che i presidi e le misure previsti dalla normativa sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro non siano stati implementati, determinando, in tal modo, un vantaggio economico indiretto per l'ente.

Pertanto, la condotta negligente dell'ente che, omettendo di implementare le norme poste a tutela della sicurezza del lavoratore (attraverso per esempio la mancata valutazione dei rischi aziendali e/o della nomina del responsabile interno per la sicurezza), abbia arrecato una lesione al soggetto passivo può costituire il presupposto per l'insorgere di responsabilità ex decreto 231/01.

Inoltre si sottolinea che, in relazione al reato di lesioni colpose, qualora il reato abbia causato una "*malattia professionale*" sussiste sempre la procedibilità d'ufficio ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 590 c.p. Una recente giurisprudenza³¹¹ ha infatti precisato che in relazione al nesso di causalità *tra ambiente di lavoro insalubre ed affezioni morbose contratte dal lavoratore...omissis...esso (il nesso) può essere affermato non solo allorché si possa sostenere con certezza che l'adozione di norme precauzionali avrebbe scongiurato il prodursi dell'evento dannoso, ma anche nei casi in cui vi sia la ragionevole certezza che, pur senza escludere in assoluto la possibilità di un diverso meccanismo causale, non vi siano ipotesi alternative dotate di ragionevole concretezza dell'insorgere dei processi morbosi per concause ovvero cause del tutto indipendenti dall'accertata insalubrità dell'ambiente.*

Gli intermediari sono chiamati a garantire la salute e la sicurezza dei dipendenti e dei soggetti ad essi equiparati nei luoghi di lavoro. L'articolata rete di precauzioni già adottate e adeguatamente diffuse all'interno dell'organizzazione, ai sensi del TU Sicurezza, costituisce prerequisito per l'efficace attuazione del MOG ex decreto 231/01.

I MOG deve pertanto:

1. individuare le specifiche aree di rischio infortuni a livello di azienda; a tal fine potrà avvalersi del "Documento di Valutazione dei Rischi", redatto ai sensi dell'art. 18 D.Lgs 81/08, che contempla la

³⁰⁹ La malattia dura nel caso di ferita fino a quando sia presente una crosta ematica, nel caso di fratture fino al consolidamento del collo osseo.

³¹⁰ Cass., sez. IV, 23-09-2004, n. 37666.

³¹¹ Cass., sez. IV, 14 luglio 2006 – 21 dicembre 2006, n. 41939.

valutazione dei rischi riscontrati in azienda al fine di garantire una concreta tutela della salute dei lavoratori. Tale documento costituisce parte delle attività che la società deve porre in essere per dare concreta attuazione al disposto dell'art. 30 D.Lgs. 81/08, secondo i principi espressi dalle Linee Guida UNI – INAIL e dal British Standard OHSAS 18001;

2. predisporre gli opportuni e necessari presidi, misure e piani di sicurezza;
3. individuare condotte o fatti sintomatici del cattivo, difettoso o mancato funzionamento dei suddetti presidi, misure e piani di sicurezza.

ART. 25-OCTIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.

- 1. In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote.*
- 2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni.*
- 3. In relazione agli illeciti di cui ai commi 1 e 2, il Ministero della giustizia, sentito il parere dell'UIF, formula le osservazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.*

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25-octies del D.lgs. n. 231/01 sono:

648

648-bis

648-ter

PREMESSA

La prima estensione dell'area applicativa del D.Lgs. 231/2001 ai delitti di riciclaggio e reimpiego è stata operata dalla legge 16 marzo 2006 n. 146 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001) che, all'art. 10, commi 5 e 6³¹², introduceva la responsabilità amministrativa degli enti per i delitti di cui agli artt. 648-bis e 648-ter, compiuti in ambito transnazionale³¹³.

Tale normativa intendeva punire l'ente che si fosse prestato per operazioni di natura transnazionale di riciclaggio o reimpiego di capitali di provenienza delittuosa per conto di un gruppo criminale organizzato. Pertanto, in assenza di carattere transazionale dei reati di riciclaggio e reimpiego, non poteva configurarsi la responsabilità amministrativa dell'ente per fatti commessi in ambito esclusivamente nazionale.

Con l'abrogazione dei commi 5 e 6 dell'art. 10 della legge 146/2006 e l'introduzione nel corpo del D.Lgs. 231/2001 dell'art. 25-octies, l'ente è ora punibile per i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di capitali illeciti, anche se compiuti in ambito nazionale, sempre che ne derivi un interesse o vantaggio per l'ente stesso.

³¹² Estratto art. 10, commi 5 e 6, legge 146/2006 - *Responsabilità amministrativa degli enti*:

5. Nel caso di reati concernenti il riciclaggio, per i delitti di cui agli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a ottocento quote.
6. Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 5 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni.

³¹³ Ai sensi dell'art. 3 della legge 146/2006 "si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

- a) sia commesso in più di uno Stato;
- b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;
- c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
- d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato."

REATI PRESUPPOSTO

Art. 648 Ricettazione

Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni o con la multa da € 516 a € 10.329.

La pena è della reclusione sino a sei anni e della multa sino a € 516, se il fatto è di particolare tenuità.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto, da cui il denaro o le cose provengono, non è imputabile o non è punibile, ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto.

Art. 648-bis Riciclaggio

Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.032 a euro 15.493.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.

Art. 648-ter Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648-bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da € 1.032 a € 15.493.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

La pena è diminuita nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo 648.

Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: da 200 fino a 800 quote cioè nel minimo da euro 51.645,69 a euro 309.874,13 e nel massimo da euro 206.582,8 a euro 1.239.496,558.

Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria, da 400 fino a 1000 quote cioè nel minimo da euro 103.291,4 a euro 619.748,27 e nel massimo da euro 258.228,45 a euro 1.549.370,7;

sanzioni interdittive (per una durata non superiore a due anni): l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni e servizi;

altre sanzioni: la pubblicazione della sentenza può essere predisposta in relazione all'applicazione di pene interdittive; la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

- **RICETTAZIONE (Art. 648 c.p.)**

Soggetto attivo: chiunque, fatta eccezione per chi abbia partecipato al delitto presupposto, come precisato in apertura della norma.

Fattispecie oggettiva del reato: acquisto, ricezione od occultamento di denaro o cose provenienti da un delitto anteriore (presupposto).

La ricettazione è un reato contro il patrimonio che si compone di più attività, successive ed autonome rispetto alla consumazione del delitto presupposto, che sono finalizzate al conseguimento di un profitto (denaro o cose).

L'accertamento giudiziale del reato presupposto non risulta necessario, essendo sufficiente che la sua sussistenza risulti al giudice chiamato a conoscere della ricettazione, pertanto la ricettazione è configurabile anche se il reato presupposto resta a carico di ignoti³¹⁴.

Per "acquisto" non si intende la proprietà del denaro o delle altre cose provenienti dal delitto ma semplicemente il loro possesso e si riferisce a qualsiasi fatto giuridico che importi l'acquisizione di fatto di una cosa di origine illegittima da parte dell'agente³¹⁵. La ricettazione è un reato di natura istantanea che si consuma, cioè, nel momento e nel luogo in cui l'agente riceve la cosa di provenienza delittuosa³¹⁶.

Con il termine "ricezione" si indica ogni atto volto al conseguimento della disponibilità del bene, anche solo temporaneamente.

Per "occultamento" si intende, una volta ottenuto il bene di provenienza delittuosa, il doloso nascondimento dello stesso, ancorché temporaneo.

Presupposti per la configurabilità del reato: ottenimento da parte dell'agente di incrementi patrimoniali derivanti da acquisizione di beni di illegittima provenienza.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si articola in (i) coscienza e volontà di compiere il fatto materiale; (ii) consapevolezza della provenienza della cosa da un delitto; (iii) volontà di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. Non è però necessario che la consapevolezza si estenda alla precisa e completa conoscenza delle circostanze di tempo, di modo e di luogo del reato presupposto potendo anche essere desunta da prove indirette purché gravi, univoche e tali da indurre in una persona di media levatura intellettuale la certezza della provenienza illecita del bene ricevuto³¹⁷.

- **RICICLAGGIO (Art. 648-bis c.p.)**

Soggetto attivo: chiunque, fatta eccezione per chi abbia partecipato al delitto presupposto, come precisato in apertura della norma.

Fattispecie oggettiva del reato: sostituzione, trasferimento di beni di provenienza illecita o compimento in relazione ad essi di qualsiasi operazione in modo da ostacolare l'identificazione dell'origine dei beni. E' un

³¹⁴ Cass. Sez. II, 07-12-1995 - 08-02-1996 n. 2290.

³¹⁵ Cass. Sez. I, 08-07-1983 - 15-09-1983 n. 7490.

³¹⁶ Cass. Sez. II, 05-05-2003 n. 20198.

³¹⁷ Cass. Sez. II, 07-04-2004 - 19-04-2004 n. 18034.

reato a forma libera che contempla sia le attività volte alla trasformazione del bene sia le attività che, pur non alterando i dati esteriori del bene, sono d'ostacolo per la ricerca della sua provenienza delittuosa³¹⁸.

L'art. 2, comma 1 del D.Lgs. 231/2007 recita *"Ai soli fini del presente decreto le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente, costituiscono riciclaggio: a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; d) la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione"*.

La definizione di riciclaggio contenuta nel D.Lgs. 231/2007 innova la previgente disciplina stralciando la clausola di esclusione *"fuori dei casi di concorso del reato"*, e quindi ricomprendendo anche la nozione di autoriciclaggio, ossia la condotta di colui che intenzionalmente utilizza e/o occulta i proventi derivanti dalla propria attività criminosa ovvero da un reato al quale ha partecipato in concorso. Tale nozione di riciclaggio, che come precisato nell'inciso iniziale è utilizzata ai soli fini applicativi del decreto stesso, non coincide con quella contenuta all'art. 648-bis c.p. che esclude la punibilità di colui che ricicla i proventi di un reato da lui commesso, basandosi sull'assunto che colui che partecipa alla realizzazione del delitto presupposto utilizza le cose di provenienza illecita quale naturale conseguenza della condotta criminosa e tale comportamento non può quindi assumere diverso e autonomo rilievo penale.

A tal proposito si ricorda, tuttavia, come il Fondo Monetario Europeo sin dal 2005 si sia espresso sull'opportunità di prevedere l'ipotesi criminosa rappresentata dalle attività e dalle operazioni compiute da coloro che hanno commesso o concorso alla commissione del reato presupposto. In Italia dal 2008, a più riprese ma finora senza esito, è stata proposta in Parlamento la modifica del codice che adeguerebbe la fattispecie del reato di riciclaggio agli standard internazionali, attraverso l'eliminazione della clausola di riserva (di cui all'art. 648-bis c.p.) *"fuori dai casi di concorso nel reato"*. D'altro canto, nella relazione annuale 2008 presentata al Parlamento nel luglio 2009, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha ribadito la propria posizione a riguardo ricordando che *"la rilevanza assegnata dagli standard internazionali alla punibilità dell'autoriciclaggio conferma la necessità di introdurre tale reato nell'ordinamento italiano"*. In attesa di sviluppi normativi, l'autoriciclaggio, pur riconosciuto dalla normativa antiriciclaggio, continua a non essere sanzionabile penalmente; inoltre, stante l'utilizzo limitato della definizione di riciclaggio contenuta nel D.Lgs. 231/2007 ai soli fini dell'applicazione degli obblighi in materia di antiriciclaggio, essa non può essere invocata quale parametro interpretativo in tema di responsabilità degli enti.

Presupposti per la configurabilità del reato: compimento di operazioni volte non solo ad impedire ma anche a rendere difficile l'accertamento della provenienza della *res*, attraverso un qualsiasi espediente che consista nell'aggirare la libera e normale esecuzione dell'attività posta in essere³¹⁹.

La legge 9 agosto 1993 n. 328 ha esteso i reati presupposto del riciclaggio a tutti i delitti non colposi che abbiano generato un provento economico illecito, a puro titolo esemplificativo la rapina, il sequestro, l'estorsione, il traffico di armi o sostanze stupefacenti, la corruzione, i reati finanziari, i reati societari. In tal modo non occorre più dimostrare la consapevolezza dell'agente rispetto alla provenienza dei beni dalle specifiche ipotesi di reato, ma è sufficiente una generica conoscenza circa l'origine illecita dei beni. Ai fini della rilevazione dei casi di riciclaggio la Banca d'Italia nel Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari del 24 agosto 2010 ha individuato una serie di indicatori di anomalia in presenza dei quali l'intermediario, sulla base anche di tutte le altre informazioni di cui dispone, deve procedere a ulteriori approfondimenti al fine di formulare una valutazione sulla natura dell'operazione.

³¹⁸ Cass. Sez. II, 11-06-1997 - 03-10-1997 n. 9026.

³¹⁹ Cass. Sez. II, 12-01-2006 n. 2818.

L'articolo in commento, al comma 4, richiama l'art. 648, comma 3, ai sensi del quale il reato sussiste anche quando l'autore del delitto presupposto non è imputabile (ad esempio perché minore) ovvero non è punibile (ad esempio perché intervenuto un condono fiscale rispetto ad un reato tributario) ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto (ad esempio la querela per un'ipotesi di appropriazione indebita). Non rilevano nemmeno le eventuali cause di estinzione del reato presupposto (ad esempio la prescrizione) intervenute dopo la commissione dei delitti in esame in quanto, ai sensi dell'art. 170 c.p. "quando un reato è il presupposto di un altro reato, la causa che lo estingue non si estende ad altro reato".

Elemento soggettivo: dolo generico che ricomprende, oltre alla volontà di compiere l'attività di sostituzione, trasferimento o di ostacolo, la consapevolezza che i capitali o gli altri beni da riciclare provengono da un delitto non colposo³²⁰.

Per "sostituzione" si intende la consegna di un bene al riciclatore in cambio di uno diverso, atteso che la connotazione specializzante del delitto in discorso è proprio la finalità di "ripulire" il denaro di provenienza illecita: la condotta di sostituzione prevede un flusso finanziario "di andata" e uno corrispondente "di ritorno" di modo che il reato debba intendersi realizzato solo con il ritorno dei capitali illeciti riciclati a colui che li aveva movimentati³²¹.

Il "trasferimento" si attua mediante lo spostamento del provento criminale da un luogo ad un altro mediante o ponendo in essere artifici per celare la provenienza illecita del denaro e la sua appartenenza.³²² La consapevolezza dell'agente in ordine alla provenienza delittuosa dei beni può essere desunta da qualsiasi elemento e sussiste quando gli indizi siano così gravi e univoci da autorizzare la logica conclusione che il denaro, i beni o i valori ricevuti siano di origine delittuosa³²³.

- **IMPIEGO DI DENARO, BENI O UTILITA' (Art. 648-ter c.p.)**

Soggetto attivo: chiunque, fatta eccezione per chi abbia partecipato al delitto presupposto e nei casi di cui agli artt. 648 e 648-bis c.p., come precisato in apertura della norma.

Fattispecie oggettiva del reato: impiego in attività economiche o finanziarie di denaro, beni o altra utilità di provenienza illecita.

È in un rapporto di specialità rispetto al reato di riciclaggio e quest'ultimo lo è rispetto al reato di ricettazione, avendo tutte e tre le fattispecie come presupposto comune la provenienza da delitto del denaro o dell'altra utilità di cui l'agente è venuto a disporre. Le tre fattispecie si distinguono tuttavia sul piano soggettivo poiché la ricettazione richiede solo una generica finalità di profitto, mentre riciclaggio e impiego richiedono lo scopo ulteriore di far perdere le tracce dell'origine illecita, con l'ulteriore peculiarità che, per il reato di impiego, lo scopo ulteriore deve essere perseguito mediante l'impiego delle risorse in attività economiche o finanziarie³²⁴.

La presenza di una clausola di sussidiarietà che esclude l'applicabilità dell'art. 648-ter c.p. nelle ipotesi in cui risultano realizzate le fattispecie di cui agli artt. 648 e 648-bis, fa sì che il delitto di reimpiego sia destinato a soccombere in presenza di fatti di ricettazione o riciclaggio. Per salvaguardarne lo spazio applicativo, deve ritenersi che i reati di cui agli artt. 648 e 648-bis prevalgano nel caso di successive azioni distinte, le prime di ricettazione e riciclaggio, le seconde di impiego; mentre risulti prevalente il delitto di reimpiego laddove, in un contesto univoco, la condotta sia finalizzata *ab origine* all'impiego dei proventi illeciti³²⁵.

³²⁰ Cass. Sez IV, 30-01-2007 n. 6350.

³²¹ Cass. Sez. V, 05-02-2007 - 17-05-2007 n. 19288.

³²² Alessandro Traversi – "Nuovi profili di responsabilità amministrativa delle società per riciclaggio".

³²³ Cass. Sez. VI, 06-04-1995 - 25-08-1995 n. 9090.

³²⁴ Cass. Sez. II, 10-01-2003 - 16-04-2003 n. 18103.

³²⁵ Cass. Sez. II, 11-11-2009 - 04-02-2010 n. 4800.

Presupposti per la configurabilità del reato: investimento di capitali illeciti in attività economiche e finanziarie lecite.

Il termine “impiego” è stato criticato in dottrina per la sua genericità. Sicuramente rientrano nella nozione le attività commerciali di fornitura di beni e prestazione di servizi, l’attività di intermediazione finanziaria e le attività imprenditoriali³²⁶.

Elemento soggettivo: dolo specifico che consiste nella coscienza e volontà di destinare a un impiego economicamente utile i capitali illeciti di cui si conosca la provenienza illecita.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Il GAFI³²⁷, nel documento “*Money Laundering FAQ*”³²⁸, precisa come il reato di riciclaggio possa anzitutto concretizzarsi nell’immissione (*placement*) da parte di un soggetto (*launderer*) delle disponibilità di provenienza criminosa nel sistema finanziario mediante, ad esempio, una serie di depositi presso un intermediario di somme di modico valore, o acquistando una serie di strumenti del mercato monetario (*assegni, money orders, etc.*) che poi vengono depositati in altri conti. Il passaggio successivo (*layering*) consiste nella movimentazione di tali fondi al fine di far perdere le tracce dell’origine illecita (ad esempio mediante acquisto/vendita di strumenti finanziari o mediante il trasferimento dei fondi presso altri intermediari specialmente di paesi non collaborativi). Nell’ultima fase (*integration*) i capitali illeciti rientrano “puliti” nell’economia legale e vengono reinvestiti.

Al fine di prevenire l’utilizzo del sistema finanziario per il riciclaggio del denaro/beni di provenienza illecita, il D.Lgs. 231/2007 e relativi provvedimenti attuativi, in attuazione delle direttive comunitarie, prevedono una serie di obblighi, misure e presidi a carico degli operatori finalizzate nel complesso a dissuadere il riciclatore dall’immettere il denaro/beni provenienti dall’illecito nel sistema finanziario legale.

Occorre tuttavia precisare che il mancato rispetto degli obblighi derivanti dal citato decreto e relativi provvedimenti attuativi può dare luogo a sanzioni penali o amministrative ma non configura di per sé la commissione da parte dell’intermediario del reato di riciclaggio o di altro reato oggetto della presente scheda e quindi non è neppure automaticamente fonte di responsabilità amministrativa ex 231/01. **La responsabilità amministrativa dell’ente sorge infatti dalla commissione da parte di un soggetto apicale, dipendente o di altro soggetto rilevante riferibile all’intermediario, di uno dei reati di cui agli artt. 648, 648-bis e 648-ter.** Non si configura invece la responsabilità amministrativa dell’intermediario ex D.Lgs 231/01 qualora la violazione riguardi esclusivamente gli obblighi di cui al decreto 231/07, salvo che, tramite tale violazione, il soggetto apicale/dipendente dell’intermediario concorra nel reato di riciclaggio commesso dal cliente.

Tuttavia è probabile che, laddove sia stato commesso un reato di riciclaggio, siano anche state violate le norme di cui al D.Lgs. 231/2007. Si pensi, ad esempio, al caso del funzionario di banca che, sapendo o sospettando la provenienza illecita del denaro del cliente, non solo non rifiuta di ricevere il denaro ma pone anche in essere una serie di condotte volte a disapplicare quelle procedure e/o adempimenti e/o controlli da parte dell’azienda che avrebbero condotto a rifiutare il cliente e/o segnalare l’operazione come sospetta. Oppure anche al caso in cui il dipendente sia esso stesso il riciclatore e, a tal fine, utilizzi i servizi e le strutture dell’intermediario. In questi casi, qualora venisse anche provato che il soggetto ha agito

³²⁶ Alessandro Traversi –“Nuovi profili di responsabilità amministrativa delle società per riciclaggio”.

³²⁷ Il GAFI (Gruppo d’azione finanziaria internazionale contro il riciclaggio di capitali) è un organismo intergovernativo che elabora e promuove strategie di lotta al riciclaggio di capitali e al finanziamento del terrorismo.

³²⁸ <http://www.fatf-gafi.org>.

nell'interesse o vantaggio anche non esclusivi dell'ente, ecco che scatterebbe anche la responsabilità amministrativa dell'ente ex 231/01.

Dal punto di vista dei possibili presidi da attivarsi a cura di ciascun intermediario, va osservato come il pieno rispetto di tutti gli obblighi previsti dalla normativa antiriciclaggio ex D.Lgs 231/07 costituisca non solo adempimento di obblighi di legge ma, al tempo stesso, anche un primo e valido presidio organizzativo volto a prevenire la commissione, da parte dei dipendenti/collaboratori/soggetti apicali dell'intermediario, dei reati oggetto della presente scheda (artt. 648, 648-bis e 688-ter c.p.).

Il MOG dovrà pertanto descrivere in maniera precisa e puntuale la normativa di settore applicabile all'intermediario ai sensi del D.lgs 231/07 e le relative disposizioni di attuazione³²⁹ tra cui, in particolare, le disposizioni in materia di adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo, registrazione dei rapporti e delle operazioni, segnalazione delle operazioni sospette. **Il MOG dovrà inoltre includere, quali parti integranti del stesso, tutte le procedure, i protocolli e i presidi, inclusi quelli di controllo, predisposti dall'intermediario al fine di garantire il corretto adempimento degli obblighi di cui al D.lgs 231/07 e delle disposizioni di attuazione.**

Per quanto attiene alla descrizione della normativa antiriciclaggio, di cui al D.Lgs. 231/2007 ed i relativi provvedimenti di attuazione, si riportano qui di seguito i principali obblighi e principi di tale normativa, rinviando per maggiori dettagli alle Circolari e alle Linee guida Assosim in materia:

- obbligo di adeguata verifica della clientela (*customer due diligence*) che consiste nell'identificazione e verifica dell'identità del cliente e dell'eventuale titolare effettivo, nonché nella raccolta di informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto instaurato. Il patrimonio informativo raccolto sul cliente deve essere valutato in rapporto alla sua situazione economica, finanziaria e patrimoniale (mediante anche la consultazione dei *database* esistenti che possono fornire indicazioni sulla reputazione e l'affidabilità del cliente), nonché in relazione ai collegamenti significativi intrattenuti dal cliente stesso con altri soggetti. Solo affinando la conoscenza del cliente è possibile per l'intermediario cogliere eventuali incongruenze tra il profilo economico dello stesso e la prestazione richiesta. Fondamentale lo scambio delle informazioni raccolte all'interno del gruppo, coinvolgendo anche gli eventuali punti operativi esteri ugualmente assoggettati alla normativa antiriciclaggio del paese di insediamento;
- applicazione del c.d. approccio basato sul rischio³³⁰, che prevede l'attribuzione al cliente di un livello di rischio riciclaggio o di finanziamento del terrorismo sulla base di parametri di riferimento prescelti da da parte di ciascun intermediario e l'applicazione di presidi diversificati a seconda del profilo attribuito;
- obbligo per gli intermediari di applicare specifiche misure di adeguata verifica rafforzata descritte all'art. 28 del D.Lgs 231/2007 in presenza di un più elevato livello di rischio riciclaggio/finanziamento del terrorismo e nei casi previsti dalla legge;
- obbligo di sottoporre l'operatività della clientela a monitoraggio continuo anche in base al livello di rischio riscontrato ;
- obbligo di mantenere evidenza, mediante compilazione dell'AUI, dei rapporti continuativi e delle transazioni da chiunque effettuate per importi superiori ad una determinata soglia³³¹;

³²⁹ In particolare il Provvedimento della Banca d'Italia recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari unitamente agli schemi rappresentativi di comportamenti anomali elaborati dalla UIF ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. b) del D.Lgs. 231/2007, nonché il Provvedimento della Banca d'Italia del recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni).

³³⁰ Per un approfondimento sull'argomento cfr. linee-guida Assosim per la valutazione del rischio riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

- divieto di trasferimento tra soggetti diversi di denaro e titoli al portatore per importi complessivamente superiori alla soglia prestabilita, se non tramite intermediari a ciò abilitati (banche, Poste Italiane S.p.A. e IMEL);
- obbligo di segnalazione delle operazioni sospette per l'intera durata della relazione. Gli intermediari devono predisporre procedure interne che garantiscano: (i) tempestività della segnalazione, (ii) riservatezza dei soggetti coinvolti e (iii) omogeneità dei comportamenti. Gli intermediari possono avvalersi di procedure automatiche di *detection* che selezionino le operazioni anomale sulla base di parametri quantitativi, quali importo, o frequenza delle operazioni, e qualitative, come la tipologia e le modalità di utilizzo dei servizi. Le operazioni selezionate dalle procedure automatiche dovranno poi essere sottoposte a procedure di valutazione da parte degli intermediari. Nel contempo gli intermediari dovranno formalizzare nella normativa interna l'*iter* per le segnalazioni ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. 231/2007, che preveda: (i) una prima valutazione dell'operazione sospetta da parte del responsabile dell'unità operativa che gestisce il rapporto con la clientela e (ii) una valutazione di secondo livello da parte del titolare dell'attività, con l'ausilio delle funzioni a ciò deputate, che deciderà sull'opportunità di trasmettere all'Unità di Informazione Finanziaria la segnalazione. Con particolare riferimento all'attività di prestazione dei servizi di investimento svolta dagli intermediari finanziari, il Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari del 24 agosto 2010 riporta, a titolo esemplificativo, una serie di indici di riferimento, in presenza dei quali gli intermediari sono chiamati ad applicare opportuni presidi organizzativi e di controllo. A titolo esemplificativo, costituiscono possibili elementi di sospetto:
 - l'acquisto di strumenti finanziari (soprattutto di quote di un fondo comune di investimento immobiliare) a prezzi sensibilmente superiori rispetto ai correnti valori di mercato;
 - frequenti operazioni in strumenti finanziari, anche in forma frazionata, per importi complessivamente significativi effettuati con regolamento in contanti ovvero senza che l'operazione transiti sul rapporto;
 - operazioni d'investimento su strumenti finanziari, ripetute o di importo significativo, regolate con provvista proveniente da intermediari insediati in uno dei Paesi o territori a rischio;
 - frequenti operazioni di investimento a lungo termine in strumenti finanziari immediatamente seguite dalla richiesta di liquidare la posizione e di trasferire i relativi proventi;
 - l'acquisto di un ingente ammontare di strumenti finanziari a elevata liquidità seguito dalla richiesta di prestiti garantiti dagli stessi strumenti finanziari;
 - speculari e ripetute operazioni di acquisto e di vendita di strumenti finanziari effettuate da due o più soggetti diversi tali da prefigurare un'operazione concertata al fine di trasferirsi disponibilità, soprattutto se avvengono a prezzi sensibilmente diversi rispetto a quelli di mercato o sono aperte e chiuse in un breve arco di tempo o hanno ad oggetto strumenti scarsamente negoziati;
 - la negoziazione di strumenti finanziari a limitata diffusione, ripetuta o di importo significativo, soprattutto se conclusa con controparti situate in Paesi o territori a rischio;
 - l'acquisto di rilevanti quantità di strumenti finanziari con successiva richiesta di intestazione degli stessi a soggetti terzi, anche tra loro collegati;
 - numerose e frequenti operazioni di sottoscrizione e di rimborso di strumenti finanziari di pertinenza di soggetti differenti regolate su un unico rapporto intestato a una società fiduciaria;
 - il disinvestimento totale o parziale di strumenti finanziari con trasferimento delle somme in piazze diverse da quelle originariamente convenute o a favore di soggetti diversi dagli intestatari;
 - la sottoscrizione di quote a nome di un medesimo cliente con regolamento della transazione in favore della stessa società di gestione per il tramite di conti intestati a soggetti diversi;
 - acquisti frequenti o di importo significativo di strumenti finanziari effettuati in nome o per conto di soggetti residenti in uno dei Paesi o territori a rischio;

³³¹ Si vedano anche le nuove "Disposizioni attuative per la tenuta dell'AUI e per le modalità semplificate di registrazione di cui all'articolo 37, commi 7 e 8, del d.lgs. 231/2007", in vigore dal 1° giugno 2010.

- la predisposizione di presidi interni rappresentati dai diversi soggetti che, ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. 231/2007, vigilano sul rispetto delle disposizioni in materia di antiriciclaggio. Dal collegio sindacale (o consiglio di sorveglianza o comitato di controllo di gestione) incaricato del monitoraggio sull'efficienza del sistema dei controlli interni, all'OdV cui è affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi idonei a prevenire i reati richiamati dal D.Lgs. 231/2001; a tutte le funzioni incaricate del controllo di gestione quali l'*internal audit* (vigilanza interna sugli strumenti di controllo interno), la *compliance* (verifica sulle procedure interne per assicurarne la coerenza con la normativa di riferimento e la regolamentazione interna all'intermediario) e il *risk management* (predisposizione degli strumenti di controllo dei rischi). Tali presidi interni devono essere modulati sulle specificità dell'attività degli intermediari e delle dimensioni organizzative e caratteristiche operative degli stessi.

Un ruolo di rilievo è affidato alla funzione antiriciclaggio, quale presidio aziendale specialistico antiriciclaggio, specificamente deputato a prevenire e contrastare la realizzazione di operazioni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Tale funzione deve valutare l'impatto della normativa antiriciclaggio applicabile su processi e procedure interne e collaborare nell'individuazione degli assetti organizzativi finalizzati alla prevenzione e contrasto del rischio riciclaggio, valutandone l'effettiva applicazione e il grado di efficacia nel lungo periodo. La funzione antiriciclaggio deve altresì prestare consulenza e assistenza agli organi aziendali e all'alta direzione e predisporre un adeguato piano di formazione che garantisca un aggiornamento su base continua del personale dipendente e dei collaboratori;

- la preparazione ed il costante aggiornamento del personale in materia di antiriciclaggio (il personale, in particolare quello a più diretto contatto con la clientela, deve essere sensibilizzato sull'importanza di conoscere gli obblighi imposti dalla normativa e sulle responsabilità aziendali che possono derivare dal mancato rispetto di tali obblighi. Particolare cura deve essere riservata alla formazione del personale addetto alle relazioni con l'UIF e alla tenuta dell'Archivio Unico Informatico. Un valido supporto nella formazione è rappresentato dalle associazioni di categoria o altri organismi esterni che si occupano di analizzare la normativa e studiarne le modalità di applicazione pratica);
- il controllo sull'operato di dipendenti e collaboratori esterni quali ad esempio i promotori finanziari, gli agenti assicurativi o altro personale non dipendente (i sistemi informatici devono individuare i parametri sulla base dei quali l'intermediario deve essere in grado di rilevare con tempestività le eventuali anomalie, da valutare anche alla luce dei comportamenti tenuti dai soggetti stessi).

In aggiunta ai presidi sin qui descritti, espressamente previsti dal D.Lgs. 231/2007 e relativi provvedimenti attuativi, occorre che l'intermediario, allo scopo di prevenire il compimento da parte di soggetti apicali, dipendenti, o altri soggetti rilevanti di uno dei reati di cui agli artt. 648, 648-bis e 648-ter, individui le condizioni³³² al verificarsi delle quali possono scattare ulteriori meccanismi preventivi quali:

- l'applicazione di criteri autorizzativi più stringenti (in via esemplificativa l'estensione dell'obbligo di autorizzazione del Direttore generale previsto per i conti di corrispondenza dall'art. 28, comma 4, lett. c) del D.Lgs. 231/2007, oppure l'introduzione di un obbligo di valutazione preventiva e rilascio del consenso all'apertura del rapporto da parte di due o più funzioni aziendali, tra le quali la funzione antiriciclaggio);
- la richiesta al cliente della prova (e non di una semplice dichiarazione) della provenienza lecita del denaro/beni conferiti. La documentazione comprovante l'origine lecita potrà ad esempio consistere nella comunicazione da parte del cliente degli estremi dell'atto nel caso in cui i beni conferiti siano degli immobili o beni provenienti da eredità; o ancora, ove possibile, potrà essere reperita presso

³³² Si pensi ad esempio a situazioni di rischio particolarmente elevato oppure a situazioni di rischio medio-basso ma che presentino elementi di sospetto.

professionisti parimenti soggetti agli obblighi antiriciclaggio (si pensi ad esempio al commercialista del cliente).

Inoltre, sempre al fine di prevenire eventuali comportamenti collusivi da parte dei soggetti apicali/dipendenti/collaboratori che determinino una responsabilità ex 231/01 dell'ente, l'intermediario dovrebbe tener conto di eventuali atteggiamenti da parte degli stessi che possano costituire elemento di sospetto. A supporto di tale attività di controllo il GAFI³³³ fornisce una serie di indicatori di anomalia che l'intermediario dovrà naturalmente contestualizzare e valutare sulla base di tutte le altre informazioni in suo possesso e del comportamento complessivo del dipendente:

- il dipendente mantiene uno stile di vita che risulta incompatibile in rapporto al proprio salario o alla propria posizione;
- il dipendente è riluttante a usufruire delle ferie annuali contrattualmente previste;
- il dipendente è sottoposto a pressanti richieste in merito al raggiungimento di determinati obiettivi di vendita o di produzione che possono indurlo ad assumere (o a trascurare l'adozione di) taluni comportamenti che determinano l'insorgenza di rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo;
- il dipendente dedica larga parte della sua attività alla gestione di un unico cliente, anche se il conto di quest'ultimo sia relativamente poco significativo per l'intermediario;
- il dipendente versa notoriamente in una difficile situazione personale o finanziaria;
- il dipendente ha l'autorità per gestire gli affari del cliente senza la supervisione o il coinvolgimento di altri colleghi;
- il management consente al dipendente un ampio margine di autonomia senza prevedere controlli diretti sulle attività dello stesso;
- il dipendente è dislocato in un Paese diverso da quello del proprio management, che pertanto effettua attività di controllo sullo stesso solo in remoto;
- il *management* privilegia un sistema premiante a scapito dell'applicazione delle disposizioni regolamentari;
- la documentazione raccolta dal dipendente sui rapporti aperti dalla clientela o sugli ordini effettuati dalla stessa risulta incompleta o mancante;
- il *business* attraversa un periodo di elevato turnover o risulta interessato da significativi cambiamenti a livello strutturale.

³³³ Si veda FAFT Report – *Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector* – October 2009, pag. 75.

ART. 25-NOVIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Delitti in materia di violazione del diritto d'autore³³⁴

1. *In relazione alla commissione dei delitti previsti dagli articoli 171, primo comma, lettera a-bis), e terzo comma, 171-bis, 171-ter, 171-septies e 171-octies della legge 22 aprile 1941, n. 633, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.*

2. *Nel caso di condanna per i delitti di cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore ad un anno. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 174-quinquies della citata legge n. 633 del 1941.*

Gli articoli della Legge 22 aprile 1941, n. 633 richiamati dall'articolo 25-novies del D.Lgs n. 231/01 sono i **seguenti:**

art. 171 primo comma, lettera a-bis) e terzo comma

art. 171-bis

art. 171-ter

art. 171-septies

art. 171-octies

³³⁴ Articolo introdotto dalla Legge 23 luglio 2009, n. 99.

REATI PRESUPPOSTO

Art. 171 *

Salvo quanto previsto dall'art. 171-bis e dall'art. 171-ter, è punito con la multa da euro 51 a euro 2.065 chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma:

a) riproduce, trascrive, recita in pubblico, diffonde, vende o mette in vendita o pone altrimenti in commercio un'opera altrui o ne rivela il contenuto prima che sia reso pubblico, o introduce e mette in circolazione nel regno esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana;

a-bis) mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa;

b) rappresenta, esegue o recita in pubblico o diffonde con o senza variazioni od aggiunte, una opera altrui adatta a pubblico spettacolo od una composizione musicale. La rappresentazione o esecuzione comprende la proiezione pubblica dell'opera cinematografica, l'esecuzione in pubblico delle composizioni musicali inserite nelle opere cinematografiche e la radiodiffusione mediante altoparlante azionato in pubblico;

c) compie i fatti indicati nelle precedenti lettere mediante una delle forme di elaborazione previste da questa legge;

d) riproduce un numero di esemplari o esegue o rappresenta un numero di esecuzioni o di rappresentazioni maggiore di quello che aveva il diritto rispettivamente di produrre o di rappresentare;

e) [riproduce con qualsiasi processo di duplicazione dischi o altri apparecchi analoghi o li smercia, ovvero introduce nel territorio dello Stato le riproduzioni così fatte all'estero]³³⁵;

f) in violazione dell'art. 79 ritrasmette su filo o per radio o registra in dischi fonografici o altri apparecchi analoghi le trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche o smercia i dischi fonografici o altri apparecchi indebitamente registrati.

Chiunque commette la violazione di cui al primo comma, lettera a-bis), è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima dell'emissione del decreto penale di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo della pena stabilita dal primo comma per il reato commesso, oltre le spese del procedimento. Il pagamento estingue il reato.

La pena è della reclusione fino ad un anno o della multa non inferiore a euro 516 se i reati di cui sopra sono commessi sopra un'opera altrui non destinata alla pubblicazione, ovvero con usurpazione della paternità dell'opera, ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera medesima, qualora ne risulti offesa all'onore od alla reputazione dell'autore.

La violazione delle disposizioni di cui al terzo ed al quarto comma dell'articolo 68 comporta la sospensione della attività di fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione da sei mesi ad un anno nonché la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.032 a euro 5.164.

*Rilevano ai fini 231 esclusivamente i commi 1, lettera a-bis, e 3.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè, nel massimo, da euro 129,114 a euro 774,685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Resta ferma l'applicazione dell'art. 174-quinquies.

³³⁵ Lettera abrogata dall'art. 3, L. 29 luglio 1981, n. 406.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque, purché privo del diritto di porre in essere le condotte (illecite) descritte dalla norma.

Fattispecie oggettiva del reato:

- **Comma 1, lett. a-bis)**

La norma punisce la messa a disposizione del pubblico, mediante immissione in un sistema di reti telematiche e/o con connessioni di qualunque genere, di un'opera dell'ingegno³³⁶ protetta³³⁷ o anche solo una parte di essa. Ai sensi del comma 2 dell'articolo 171, il reato previsto alla lettera a-bis è estinto con il pagamento, prima dell'apertura del dibattimento o prima dell'emissione del decreto penale di condanna, di una somma pari alla metà del massimo della pena stabilita al comma 1 (multa da euro 51 a euro 2.065); tale previsione, che sarebbe comunque inapplicabile, ai sensi del comma 3, nel caso in cui la violazione della lettera a-bis fosse commessa in danno di un'opera inedita o con usurpazione della paternità, non modifica la rilevanza dell'illecito commesso ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente in quanto essa continua a sussistere ogniqualvolta il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia (si veda l'art. 8, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 231/01).

- **Comma 3**

Il comma 3 prevede tre distinte circostanze aggravanti dei reati di cui al comma 1 poste a protezione degli interessi morali e personali degli autori delle opere dell'ingegno.

La prima ipotesi aggravante concerne la protezione dell'opera altrui non destinata alla pubblicazione; la disposizione tutela l'interesse morale dell'autore che si concretizza nella riservatezza dell'opera e nella libertà di decidere sull'opportunità di renderla pubblica.

La seconda aggravante è costituita dall'usurpazione della paternità dell'opera che si realizza con l'indicazione di una paternità dell'opera non rispondente al vero³³⁸.

La terza ipotesi aggravante punisce l'offesa all'onore e alla reputazione dell'autore realizzate attraverso le condotte di deformazione, modificazione o mutilazione dell'opera.

Elemento soggettivo: dolo generico, non essendo necessaria la dimostrazione di una specifica finalità di lucro da parte del soggetto agente.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Ai fini dell'analisi della rischiosità occorre precisare che potrebbe potenzialmente rilevare la pubblicazione, in un sistema di reti telematiche e/o con connessioni di qualunque genere, di una qualunque opera dell'ingegno prodotta da terzi, quali ad esempio un ricerca finanziaria, uno studio, una raccomandazione, un articolo, una banca dati, una generica pubblicazione, sulla quale l'intermediario non vanta alcun diritto.

³³⁶ Le opere dell'ingegno rientrano nella categoria dei beni immateriali che consistono in una creazione intellettuale ospitata su un supporto materiale.

³³⁷ Ai fini della L.633/41 per opere dell'ingegno protette si intendono *“le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.*

Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore” (Cfr. art. 1 L.633/41)

³³⁸ E' esclusa, dall'ambito di applicazione della norma, la pubblicazione anonima.

Posto che anche la pubblicazione parziale dell'opera dell'ingegno integra gli estremi del reato, la diffusione di un estratto equivale all'integrale pubblicazione dell'opera stessa.

Il rischio di verifica del reato in commento si riscontra pertanto nell'ambito di attività di quelle funzioni deputate alla gestione delle reti informatiche e/o telematiche della società (IT dept.) che si occupano della pubblicazione di documenti informatici su un determinato sito *internet* accessibile ai clienti dell'intermediario. Laddove invece l'*upload* di documenti sia consentito ad utenti appartenenti anche ad altri dipartimenti dell'intermediario, occorrerà prestare cautela alle autorizzazioni concesse e ai programmi utilizzati.

Tutti gli utenti coinvolti nei processi di *upload*/diffusione di documenti protetti da *copyright* dovrebbero essere debitamente autorizzati da livelli gerarchici superiori (*entitlement reviews*); tali autorizzazioni dovrebbero essere periodicamente riviste e controllate.

Inoltre, si consiglia di vietare l'utilizzo di *hardware* e/o *software* diversi da quelli aziendali forniti direttamente dall'intermediario; qualora sia invece consentito l'utilizzo di *laptop* o *software* non forniti dall'intermediario, l'attività in rete e non, effettuata attraverso tali ultimi supporti, dovrà essere adeguatamente tracciabile nel rispetto dei principi della normativa sulla *privacy* (si veda la scheda di reato "Art. 24-bis – Delitti informatici e trattamento illecito dei dati"). Tale presidio risulta utile anche ai fini della prevenzione di altri illeciti richiamati dalla presente scheda.

Infine, qualora il processo di pubblicazione dei documenti (opere dell'ingegno) non sia automatico ma frutto di attività manuale degli utenti, si consiglia di adottare specifici protocolli volti a tracciare la provenienza e la corretta diffusione ai clienti di qualunque opera dell'ingegno che l'intermediario metta a disposizione, anche in assenza di compenso e di prevedere specifici criteri/protocolli autorizzativi.

171-bis

1. Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 2.582 a euro 15.493. La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a euro 15.493 se il fatto è di rilevante gravità.

2. Chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 64-quinquies e 64-sexies, ovvero esegue l'estrazione o il reimpiego della banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 102-bis e 102-ter, ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati, è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 2.582 a euro 15.493. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a euro 15.493 se il fatto è di rilevante gravità.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè, nel massimo, da euro 129,114 a euro 774,685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Resta ferma l'applicazione dell'art. 174-quinquies riportato in calce.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite in commento.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si realizzano nei casi di:

- (i) duplicazione abusiva di **programmi per elaborare** contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.); o
- (ii) importazione, distribuzione, vendita, detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale, concessione in locazione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.); o
- (iii) rimozione arbitraria o elusione di dispositivi applicati a protezione di un programma; o
- (iv) trasferimento su altro supporto, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico del contenuto di una banca di dati; o
- (v) esecuzione dell'estrazione o del reimpiego della banca di dati; o
- (vi) distribuzione, vendita o concessione in locazione di una banca di dati.

La condotta *sub i)* (**duplicazione abusiva**) può essere posta in essere sia dai legittimi utilizzatori dei programmi per elaborare (*i.e. software*), qualora violino specifiche condizioni contrattuali, sia da terzi.

L'oggetto materiale della condotta è costituito da "programmi per elaborare" che costituiscono una creazione intellettuale dell'autore³³⁹ e sono pertanto tutelati ai sensi dell'art. 2, n. 8 della Legge 633/1941. Nel concetto di duplicazione rientrano la copia identica del programma originale, o con minime modifiche, e la copia parziale, purché sufficientemente organica e autonoma.

Non si ritiene invece che copie di *back-up*, necessarie per l'utilizzo del programma e non stabilmente trasferite nel sistema informatico dell'utente, e quelle di riserva, effettuate per evitare la perdita del programma, abbiano rilevanza penale ai fini della norma in commento³⁴⁰.

In merito alle condotte di cui al punto ii) (importazione, distribuzione, vendita, detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale, concessione in locazione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori) sono accomunate dall'elemento (attività) dell'intermediazione tra il produttore della copia abusiva e l'utilizzatore finale.

In merito alla **distribuzione** occorre precisare che essa ha ad oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo e a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o di esemplari della stessa³⁴¹.

La **detenzione** si caratterizza invece per il perseguimento di uno scopo commerciale o imprenditoriale; ai fini della punibilità risultano pertanto rilevanti, oltre ai casi in cui la detenzione sia finalizzata alla vendita delle copie non autorizzate, anche quei casi in cui la detenzione del *software* sia destinata a svolgere una qualsiasi funzione interna nello svolgimento dell'attività imprenditoriale del detentore.

Per **concessione in locazione** infine si deve intendere la cessione in uso degli originali, di copie o di supporti di opere tutelate dal diritto d'autore, fatta per un periodo limitato di tempo e al fine del conseguimento di un beneficio economico e/o commerciale diretto o indiretto³⁴².

L'oggetto materiale delle condotte è costituito dai programmi contenuti su supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.); la prova dell'illecita detenzione del programma non può essere desunta dal possesso di un CD privo dei contrassegni SIAE o di etichette originali essendo invece

³³⁹ **Art 2.** In particolare sono comprese nella protezione:

- 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale;
- 2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;
- 3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti;
- 4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia;
- 5) i disegni e le opere dell'architettura;
- 6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo;
- 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II;
- 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso;
- 9) le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto;
- 10) le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.

³⁴⁰ Alla medesima conclusione si deve giungere anche in relazione all'utilizzo di un unico *software*, in assenza di una licenza multipla, attraverso un struttura organizzata in rete (LAN – *Local Area Network*) che consente di collegare tra loro varie postazioni di lavoro informatiche in modo da favorirne l'interazione. La configurabilità penale è infatti esclusa in quanto la condotta di duplicazione penalmente sanzionata richiede la creazione di una nuova copia del *software* che risieda su altri supporti (si veda il "Codice penale ipertestuale, Leggi complementari" a cura di Mauro Ronco e Salvatore Ardizzone, con la collaborazione di Enrico Mario Ambrosetti, Vittorio Garino, Enrico Mezzetti).

³⁴¹ Si veda l'art. 17 della L.633/1941.

³⁴² Si veda l'art. 18 della L.633/1941.

necessario risalire alla fonte del programma, stabilire chi lo abbia abusivamente messo in circolazione e seguirne il percorso fino ad ottenere la prova dell'acquisizione illecita. In assenza di una simile ricostruzione manca la prova che il programma sia una copia illegale o, quantomeno, che il detentore fosse a conoscenza di tale illegalità.

In merito alle condotte di cui al punto *sub iii)*, gli strumenti che possono essere impiegati per la **rimozione** e/o **l'elusione** dei dispositivi applicati a protezione di un programma per elaborare non sono tassativamente indicati³⁴³; è possibile pertanto ricomprendervi qualunque strumento o condotta idonei allo scopo.

Le condotte di cui ai punti *iv)*, *v)* e *vi)* sono accomunate dall'identico oggetto tutelato ovvero sia le **banche dati**, considerate come opere dell'ingegno a tutti gli effetti e definite come *"raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti, sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo"*³⁴⁴.

La **riproduzione** su supporti non contrassegnati S.I.A.E., il **trasferimento** su altro supporto, la **distribuzione**, la **comunicazione**, la presentazione o dimostrazione in pubblico del contenuto di una banca dati sono punibili se commessi in violazione delle disposizioni di cui agli artt. 64-*quinqies* e 64-*sexies*, L.633/1941 che disciplinano, rispettivamente, i diritti esclusivi dell'autore della banca dati e le eccezioni a tali diritti. **L'estrazione** o il **reimpiego** dei dati contenuti in una banca dati invece sono penalmente rilevanti se compiuti in violazione degli artt. 102-*bis* e 102-*ter*, L.633/1941, concernenti i diritti del costruttore e i diritti e gli obblighi dell'utente stesso della banca dati.

A tutte le condotte sopra delineate si applica un'aggravante specifica nei casi di rilevante gravità che sembra doversi valutare in base a criteri quantitativi e qualitativi, potendo essere considerate rilevanti anche, ad esempio, singole duplicazioni di programmi dal valore patrimoniale e tecnico apprezzabili.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si concreta nel perseguimento di un fine di profitto.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

L'attività degli intermediari finanziari richiede necessariamente l'impiego di *software* e di banche dati; non risultano pertanto individuabili specifiche aree di attività sensibili al rischio di commissione dei reati richiamati dall'art. 25-*novies* dovendosi piuttosto ritenere che l'intera struttura potrebbe potenzialmente essere esposta al rischio di verifica dei suddetti reati.

Al fine di mitigare il rischio in commento, si suggerisce l'implementazione dei seguenti presidi:

- adozione di un procedura che vieti tutte le condotte illecite sanzionate dalla norma in commento aventi ad oggetto *software* (programmi per elaborare) e i dati contenuti in una banca dati;
- gli utenti dovrebbero essere abilitati, e debitamente autorizzati da livelli gerarchici superiori, ad accedere a specifiche funzionalità dei sistemi informatici della società (*entitlement review*); tali autorizzazione dovrebbero essere periodicamente riviste e controllate;
- blocco dell'accesso a siti che consentono il *file-sharing* e la visione in *streaming* di filmati audio/video potenzialmente idonei a consentire la trasmissione dei dati di una banca dati;
- divieto di utilizzare qualsiasi *hardware* e/o *software* diversi da quelli aziendali forniti direttamente dall'intermediario; qualora sia invece consentito l'utilizzo di *laptop* o *software* non direttamente

³⁴³ Il legislatore, attraverso un'ampia formula - *"attraverso qualsiasi mezzo inteso unicamente a"* -, ha voluto consentire alla norma di adeguarsi alla continua evoluzione tecnologica.

³⁴⁴ Si veda l'art. 2, comma 2, n.9 della L.633/1941.

forniti dall'intermediario, l'attività in rete e non, effettuata attraverso tali ultimi supporti, dovrà essere adeguatamente tracciabile nel rispetto della normativa sulla *privacy*³⁴⁵;

- somministrazione di *training* focalizzati *sull'information security*, al fine di sensibilizzare il personale in relazione ai presidi informatici implementati, e sulla normativa posta a tutela del diritto d'autore;
- definizione, laddove non già esistente, di uno specifico piano di controlli volto a testare la sicurezza dei sistemi informatici e la correttezza di utilizzo.

³⁴⁵ Per maggiore approfondimenti si veda la scheda di reato " Art. 24-bis – Delitti informatici e trattamento illecito dei dati".

171-ter

1. È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque a fini di lucro:

a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento;

b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati;

c) pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere a) e b);

d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato;

e) in assenza di accordo con il legittimo distributore, ritrasmette o diffonde con qualsiasi mezzo un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato;

f) introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, vende, concede in noleggio, cede a qualsiasi titolo, promuove commercialmente, installa dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto;

f-bis) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale;

h) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche di cui all'articolo 102-quinquies, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse.

2. È punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque:

a) riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi;

a-bis) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa;

b) esercitando in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi, si rende colpevole dei fatti previsti dal comma 1;

c) promuove o organizza le attività illecite di cui al comma 1.

3. La pena è diminuita se il fatto è di particolare tenuità.

4. La condanna per uno dei reati previsti nel comma 1 comporta:

- a) l'applicazione delle pene accessorie di cui agli articoli 30 e 32-bis del codice penale;
- b) la pubblicazione della sentenza ai sensi dell'articolo 36 del codice penale;
- c) la sospensione per un periodo di un anno della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale.
5. Gli importi derivanti dall'applicazione delle sanzioni pecuniarie previste dai precedenti commi sono versati all'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i pittori e scultori, musicisti, scrittori ed autori drammatici.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè, nel massimo, da euro 129,114 a euro 774,685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Resta ferma l'applicazione dell'art. 174-*quinquies* riportato in calce.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite in commento.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato sono le seguenti:

- (i) duplicazione, riproduzione, trasmissione e diffusione in pubblico di un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento; o
- (ii) riproduzione, trasmissione o diffusione in pubblico di opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati; o
- (iii) introduzione nel territorio dello Stato, detenzione per la vendita o la distribuzione, distribuzione, messa in commercio, concessione in noleggio o comunque cessione a qualsiasi titolo, proiezione in pubblico, trasmissione a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmissione a mezzo della radio delle duplicazioni o riproduzioni abusive *sub* i) e ii); o
- (iv) detenzione per la vendita o la distribuzione, messa in commercio, vendita, noleggio, cessione a qualsiasi titolo, proiezione in pubblico, trasmissione a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato;
- (v) ritrasmissione o diffusione con qualsiasi mezzo di un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato in assenza di accordo con il legittimo distributore;
- (vi) introduzione nel territorio dello Stato, detenzione per la vendita o la distribuzione, distribuzione, vendita, concessione in noleggio, cessione a qualsiasi titolo, promozione commerciale, installazione di dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto;

- (vii) fabbricazione, importazione, distribuzione, vendita, noleggio, cessione a qualsiasi titolo, pubblicazione per la vendita o il noleggio, o detenzione per scopi commerciali, di attrezzature, prodotti o componenti ovvero prestazione di servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure;
- (viii) rimozione abusiva o alterazione di informazioni elettroniche di cui all'articolo 102-*quinquies*, ovvero distribuzione, importazione a fini di distribuzione, diffusione per radio o per televisione, comunicazione o messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse.

Le condotte di cui al punto i) costituiscono autonome ipotesi di reato che possono tra loro coesistere; sono inoltre accomunate dal requisito dell'**abusività**. L'oggetto materiale della condotta è costituito da opere dell'ingegno destinate al circuito televisivo, cinematografico della vendita e del noleggio e dai dischi, dai nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento. Le condotte possono avere ad oggetto anche solo una parte dell'opera protetta purché dotata di una propria autonomia.

Le condotte abusive di cui al punto ii) (**abusiva riproduzione, trasmissione o diffusione in pubblico**) hanno ad oggetto opere, o parti di opere, letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico - musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati.

Il presupposto per la commissione dei reati di cui al punto iii) (**introduzione nel territorio dello Stato, detenzione per la vendita o la distribuzione, distribuzione, messa in commercio, concessione in noleggio, proiezione in pubblico, trasmissione a mezzo della televisione e/o radio**) è l'**assenza di concorso nella riproduzione e duplicazione abusive** delle opere dell'ingegno. L'oggetto materiale delle condotte illecite è coincidente con quello dei precedenti punti i) e ii).

Le condotte *sub iv*) (**detenzione per la vendita o la distribuzione, messa in commercio, vendita, noleggio, cessione a qualsiasi titolo, proiezione in pubblico, trasmissione a mezzo della radio e della televisione**) costituiscono **forme di commercializzazione** delle opere protette. Oggetto di tutela sono le videocassette, le musicassette o qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento o altro supporto, privi del contrassegno SIAE.

Le condotte di cui ai punti v) e vi) hanno ad oggetto servizi criptati e trasmissioni ad accesso condizionato. Nel primo caso, viene penalmente sanzionata la condotta del soggetto che **ritrasmette e diffonde** con qualsiasi mezzo un **servizio criptato** ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodifica di trasmissioni ad accesso condizionato; il presupposto per l'applicazione della norma è che l'agente abbia legittimamente accesso al servizio criptato ma lo diffonda al di fuori della sua sfera personale senza avere alcun accordo con il distributore. Nel secondo caso, risultano rilevanti le condotte che consentono l'**accesso ad un servizio criptato** senza il pagamento del canone dovuto.

Le disposizioni *sub vii*) e viii) sono invece volte a ad assicurare un'adeguata protezione dalle condotte di **elusione e rimozione** delle misure tecnologiche poste a **protezione** delle opere dell'ingegno. Le condotte di cui al punto vii) hanno ad oggetto attrezzature, prodotti o componenti ovvero prestazione di servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficacemente le misure tecnologiche *ex art. 102-*quater**³⁴⁶, ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con le finalità di

³⁴⁶ **102-*quater***. 1. I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-*bis*, comma 3, possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte

rendere possibile o facilitare l'elusione delle predette misure. Da ultimo, la disposizione *sub* viii) punisce l'**abusiva rimozione o alterazione delle informazioni elettroniche**, di cui all'art. 102-*quinqües*³⁴⁷, nonché la distribuzione, diffusione per radio o per televisione, comunicazione o messa a disposizione del pubblico di opere o di altri materiali dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse.

Il secondo comma dell'articolo in commento individua autonome fattispecie di reato [(lett. a): riproduzione, duplicazione, trasmissione o diffusione abusiva, vendita o messa altrimenti in commercio, cessione a qualsiasi titolo o importazione abusiva di oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi; lett. b): esercizio in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi, pone in essere una delle condotte del comma 1; lett. c): promuovere o organizzare le attività illecite di cui al comma 1) piuttosto che come circostanze aggravanti delle condotte delittuose identificate dal primo comma].

Infine, i commi 3 e 4 recano, rispettivamente, un'attenuante per la particolare tenuità del fatto e specifiche pene accessorie conseguenti alla condanna per uno dei reati previsti al comma 1.

Elemento soggettivo: dolo specifico costituito dal fine di lucro. Tale fine presuppone il perseguimento, da parte dell'agente, di un vantaggio diretto di carattere economico patrimoniale³⁴⁸.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Ai sensi dell'art. 1 L.633/1941, *sono protette le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.*

Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore.

Il rischio che le condotte criminose sopra descritte possano essere poste in essere nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente risulta piuttosto basso.

Ciò posto, le condotte che possono in astratto radicarne la responsabilità sono:

- a) l'utilizzo di *software* e *hardware* aziendali per scaricare, copiare, riprodurre opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore (in ogni caso tali condotte difficilmente possono essere compiute a vantaggio o nell'interesse dell'ente);

le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti.

2. Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione.

3. Resta salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI del titolo I.

³⁴⁷ **102-*quinqües***. 1. Informazioni elettroniche sul regime dei diritti possono essere inserite dai titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-*bis*, comma 3, sulle opere o sui materiali protetti o possono essere fatte apparire nella comunicazione al pubblico degli stessi.

2. Le informazioni elettroniche sul regime dei diritti identificano l'opera o il materiale protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono altresì contenere indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione

³⁴⁸ La rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto beni destinati ad uso personale (copia penale) sembrerebbe esclusa.

- b) l'utilizzo di materiali didattico-scientifici (e.g. materiali resi disponibili su piattaforme di *e-learning*) creati per la formazione del personale e/o dei clienti coperti dal diritto d'autore.

Al fine di mitigare il rischio in commento, si suggerisce l'implementazione dei seguenti presidi:

- adozione di un procedura che vieti tutte le condotte illecite sanzionate dalla norma in commento aventi ad oggetto *software* (programmi per elaborare) e i dati contenuti in una banca dati;
- gli utenti dovrebbero essere abilitati, e debitamente autorizzati da livelli gerarchici superiori, ad accedere a specifiche funzionalità dei sistemi informatici della società (*entitlement review*); tali autorizzazione dovrebbero essere periodicamente riviste e controllate;
- blocco dell'accesso a siti che consentono il *file-sharing* e la visione in *streaming* di filmati audio/video potenzialmente idonei a consentire la trasmissione dei dati di una banca dati;
- divieto di utilizzare qualsiasi *hardware* e/o *software* diversi da quelli aziendali forniti direttamente dall'intermediario; qualora sia invece consentito l'utilizzo di *laptop* o *software* non direttamente forniti dall'intermediario, l'attività in rete e non, effettuata attraverso tali ultimi supporti, dovrà essere adeguatamente tracciabile nel rispetto della normativa sulla *privacy*³⁴⁹;
- somministrazione di *training* focalizzati *sull'information security*, al fine di sensibilizzare il personale in relazione ai presidi informatici implementati, e sulla normativa posta a tutela del diritto d'autore;
- definizione, laddove non già esistente, di uno specifico piano di controlli volto a testare la sicurezza dei sistemi informatici e la correttezza di utilizzo;
- introduzione di una *policy* che regoli l'acquisto/l'utilizzo/la diffusione di banche dati o programmi di *e-learning* e materiale didattico scientifico.

³⁴⁹ Per maggiore approfondimenti si veda la scheda di reato " Art. 24-bis – Delitti informatici e trattamento illecito dei dati".

171-septies

1. La pena di cui all'articolo 171-ter, comma 1, si applica anche:

a) ai produttori o importatori dei supporti non soggetti al contrassegno di cui all'articolo 181-bis, i quali non comunicano alla SIAE entro trenta giorni dalla data di immissione in commercio sul territorio nazionale o di importazione i dati necessari alla univoca identificazione dei supporti medesimi;

b) salvo che il fatto non costituisca più grave reato, a chiunque dichiari falsamente l'avvenuto assolvimento degli obblighi di cui all'articolo 181-bis, comma 2, della presente legge.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè, nel massimo, da euro 129,114 a euro 774,685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Resta ferma l'applicazione dell'art. 174-*quinquies* riportato in calce.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: i produttori o importatori dei supporti non soggetti al contrassegno di cui all'art. 181-*bis*³⁵⁰ L.633/1941 e chiunque dichiari falsamente l'avvenuto assolvimento degli obblighi di cui all'art. 181-*bis*, comma 2 L.633/1941.

³⁵⁰ **181-bis.** 1. Ai sensi dell'articolo 181 e agli effetti di cui agli articoli 171-*bis* e 171-*ter*, la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) appone un contrassegno su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro. Analogo sistema tecnico per il controllo delle riproduzioni di cui all'articolo 68 potrà essere adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sulla base di accordi tra la SIAE e le associazioni delle categorie interessate.

2. Il contrassegno è apposto sui supporti di cui al comma 1 ai soli fini della tutela dei diritti relativi alle opere dell'ingegno, previa attestazione da parte del richiedente dell'assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. In presenza di seri indizi, la SIAE verifica, anche successivamente, circostanze ed elementi rilevanti ai fini dell'apposizione.

3. Fermo restando l'assolvimento degli obblighi relativi ai diritti di cui alla presente legge, il contrassegno, secondo modalità e nelle ipotesi previste nel regolamento di cui al comma 4, che tiene conto di apposite convenzioni stipulate tra la SIAE e le categorie interessate, può non essere apposto sui supporti contenenti programmi per elaboratore disciplinati dal *decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518*, utilizzati esclusivamente mediante elaboratore elettronico, sempre che tali programmi non contengano suoni, voci o sequenze di immagini in movimento tali da costituire opere fonografiche, cinematografiche o audiovisive intere, non realizzate espressamente per il programma per elaboratore, ovvero loro brani o parti eccedenti il cinquanta per cento dell'opera intera da cui sono tratti, che diano luogo a concorrenza all'utilizzazione economica delle opere medesime. In tali ipotesi la legittimità dei prodotti, anche ai fini della tutela penale di cui all'articolo 171-*bis*, è comprovata da apposite dichiarazioni identificative che produttori e importatori preventivamente rendono alla SIAE.

4. I tempi, le caratteristiche e la collocazione del contrassegno sono individuati da un regolamento di esecuzione da emanare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite la SIAE e le associazioni di categoria interessate, nei termini più idonei a consentirne la agevole applicabilità, la facile visibilità e a prevenire l'alterazione e la falsificazione delle opere. Fino alla data di entrata in vigore del predetto regolamento, resta operativo il sistema di individuazione dei tempi, delle caratteristiche e della collocazione del contrassegno determinatosi sotto la disciplina previgente. Le spese e gli oneri,

Fattispecie oggettiva del reato: la disposizione estende la pena prevista dall'art. 171-ter ai produttori o importatori che non comunichino alla S.I.A.E., entro trenta giorni dalla data di **immissione in commercio sul territorio nazionale** o di **importazione**, i dati necessari alla univoca identificazione dei supporti non soggetti al contrassegno e a chiunque dichiari falsamente l'avvenuto assolvimento degli obblighi di cui all'art. 181-bis, comma 2 L.633/1941.

Elemento soggettivo: dolo generico.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento, il reato non ha rilevanza rispetto alle attività caratteristiche dell'intermediario.

anche per il controllo, sono a carico dei richiedenti e la loro misura, in assenza di accordo tra la SIAE e le categorie interessate, è determinata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il comitato consultivo permanente per il diritto di autore.

5. Il contrassegno deve avere, comunque, caratteristiche tali da non poter essere trasferito su altro supporto. Deve contenere elementi tali da permettere la identificazione del titolo dell'opera per la quale è stato richiesto, del nome dell'autore, del produttore o del titolare del diritto d'autore. Deve contenere altresì l'indicazione di un numero progressivo per ogni singola opera riprodotta o registrata nonché della sua destinazione alla vendita, al noleggio e a qualsiasi altra forma di distribuzione.

6. L'apposizione materiale del contrassegno può essere affidata anche in parte al richiedente o ad un terzo da questi delegato, i quali assumono le conseguenti responsabilità a termini di legge. I medesimi soggetti informano almeno trimestralmente la SIAE circa l'attività svolta e lo stadio di utilizzo del materiale consegnato. Ai fini della tempestiva apposizione del contrassegno, fuori dei casi in cui esista apposita convenzione tra il produttore e la SIAE, l'importatore ha l'obbligo di dare alla SIAE preventiva notizia dell'ingresso nel territorio nazionale dei prodotti. Si osservano le disposizioni di cui al comma 4.

7. Nei casi di cui al comma 6, la SIAE e il richiedente possono concordare che l'apposizione del contrassegno sia sostituita da attestazione temporanea resa ai sensi del comma 2, corredata dalla presa d'atto della SIAE.

8. Agli effetti dell'applicazione della legge penale, il contrassegno è considerato segno distintivo di opera dell'ingegno.

171-octies

1. Qualora il fatto non costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 25.822 chiunque a fini fraudolenti produce, pone in vendita, importa, promuove, installa, modifica, utilizza per uso pubblico e privato apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale. Si intendono ad accesso condizionato tutti i segnali audiovisivi trasmessi da emittenti italiane o estere in forma tale da rendere gli stessi visibili esclusivamente a gruppi chiusi di utenti selezionati dal soggetto che effettua l'emissione del segnale, indipendentemente dalla imposizione di un canone per la fruizione di tale servizio.

2. La pena non è inferiore a due anni di reclusione e la multa a euro 15.493 se il fatto è di rilevante gravità.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè, nel massimo, da euro 129,114 da euro 774,685;

sanzioni interdittive: interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrarre con la P.A., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

altre sanzioni: la confisca è obbligatoria in caso di condanna.

Resta ferma l'applicazione dell'art. 174-*quinquies* riportato in calce.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: chiunque ponga in essere le condotte illecite in commento.

Fattispecie oggettiva del reato: le condotte alternative di reato si sostanziano nel:

- (i) produrre; e/o
- (ii) porre in vendita; e/o
- (iii) importare; e/o
- (iv) promuovere; e/o
- (v) installare; e/o
- (vi) modificare; e/o
- (vii) utilizzare per uso pubblico e privato

apparati o parti di apparati atti alla **decodificazione di trasmissioni audiovisive** ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale.

Per accesso condizionato si devono intendere quei segnali audiovisivi trasmessi da emittenti italiane o estere visibili esclusivamente ad una categoria chiusa di utenti scelta dall'emittente indipendentemente dalla corresponsione di un canone.

Elemento soggettivo: **dolo specifico** che si sostanzia nel perseguimento di un fine fraudolento.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Posto l'oggetto materiale delle condotte illecite in commento, il reato non ha rilevanza rispetto alle attività caratteristiche dell'intermediario.

174-quinquies

1. Quando esercita l'azione penale per taluno dei reati non colposi previsti dalla presente sezione commessi nell'ambito di un esercizio commerciale o di un'attività soggetta ad autorizzazione, il pubblico ministero ne dà comunicazione al questore, indicando gli elementi utili per l'adozione del provvedimento di cui al comma 2.

2. Valutati gli elementi indicati nella comunicazione di cui al comma 1, il questore, sentiti gli interessati, può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione dell'esercizio o dell'attività per un periodo non inferiore a quindici giorni e non superiore a tre mesi, senza pregiudizio del sequestro penale eventualmente adottato.

3. In caso di condanna per taluno dei reati di cui al comma 1, è sempre disposta, a titolo di sanzione amministrativa accessoria, la cessazione temporanea dell'esercizio o dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno, computata la durata della sospensione disposta a norma del comma 2. Si applica l'articolo 24 della legge 24 novembre 1981, n. 689. In caso di recidiva specifica è disposta la revoca della licenza di esercizio o dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività.

4. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei confronti degli stabilimenti di sviluppo e di stampa, di sincronizzazione e postproduzione, nonché di masterizzazione, tipografia e che comunque esercitino attività di produzione industriale connesse alla realizzazione dei supporti contraffatti e nei confronti dei centri di emissione o ricezione di programmi televisivi. Le agevolazioni di cui all'art. 45 della legge 4 novembre 1965, n. 1213, e successive modificazioni, sono sospese in caso di esercizio dell'azione penale; se vi è condanna, sono revocate e non possono essere nuovamente concesse per almeno un biennio.

ART. 25-NOVIES DECRETO LEGISLATIVO N. 231/01

Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria³⁵¹

1. In relazione alla commissione del delitto di cui all'articolo 377-bis del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.

Gli articoli del codice penale richiamati dall'articolo 25-novies del D.Lgs n. 231/01 sono i seguenti:
art. 377-bis

³⁵¹ Articolo introdotto dalla Legge 3 agosto 2009 n. 116.

REATI PRESUPPOSTO

Art. 377-bis Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con violenza o minaccia, o con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, induce a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa ha la facoltà di non rispondere, è punito con la reclusione da due a sei anni.

SANZIONI IN CAPO ALL'ENTE PREVISTE DAL D. LGS. N. 231/01

Sanzione pecuniaria: fino a 500 quote, cioè, nel massimo, da euro 129,114 a euro 774,685.

DESCRIZIONE DELLA FATTISPECIE

Soggetto attivo: trattandosi di reato comune, il delitto può essere commesso da chiunque.

Fattispecie oggettiva del reato: la condotta si sostanzia nell'induzione di terzi a non rendere o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria attraverso: (i) l'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità e/o (ii) l'uso della violenza o della minaccia.

Elemento soggettivo: dolo specifico che si ravvisa nel fine specifico di evitare che un soggetto renda una dichiarazione oppure ne renda una non veritiera all'autorità giudiziaria.

RISCHI CONNESSI E ASPETTI PROCEDURALI

Le condotte illecite possono radicare la responsabilità dell'ente qualora siano poste in essere a vantaggio e/o nell'interesse, seppur non esclusivi, dell'ente stesso.

Posto che il reato in commento non è direttamente riconducibile alla prestazione di specifici servizi di investimento, il rischio di verifica si configura come trasversale rispetto alle attività poste in essere dall'intermediario.

A fini di prevenzione, si consiglia di richiamare l'attenzione sul rispetto delle generiche norme di correttezza attraverso l'introduzione, laddove non già presenti, di un codice etico e di specifiche procedure in materia. Occorre in particolar modo che:

- i. in caso di visite/ispezioni da parte di autorità pubbliche dovranno essere immediatamente contattate, a seconda dell'autorità procedente, la funzione legale e/o il *compliance* e/o il dipartimento fiscale e/o il dipartimento risorse umane;
- ii. ogniqualevolta un dipendente o collaboratore della Società, in virtù dei propri rapporti con la stessa, venga chiamato a rendere dichiarazioni davanti all'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale, sia tenuto ad informarne la funzione legale e/o il *compliance* e/o il dipartimento risorse umane nel rispetto dell'eventuale segreto istruttorio;
- iii. sia fatto espresso divieto di indurre, con violenza o minaccia, con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, una persona chiamata a rendere davanti all'autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un procedimento penale, quando questa abbia la facoltà di non rispondere, a non rendere dichiarazioni o a renderne di mendaci;

- iv. ogniqualvolta un soggetto chiamato a rendere dichiarazioni davanti all'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale in cui la società abbia un interesse sia vittima di violenza o minaccia o riceva un'offerta o promessa di denaro od altra utilità al fine di non rendere dichiarazioni o di renderne di mendaci, sia tenuto ad avvisare immediatamente la funzione legale e/o il *compliance* e/o il dipartimento risorse umane.