

TOP LEGAL FOCUS

PENALE

Le sfide per
le imprese approfondite
con gli esperti



Sommario

I nodi da sciogliere	3
Intercettazioni di comunicazione private e progresso tecnologico	5
Aiello Avvocati Associati	
Il recepimento della direttiva pif	6
Studio Legale Borgna	
Corporate internal investigations: il ruolo del penalista	8
Cagnola & Associati Studio Legale	
Samrtworking e tutela della salute dei lavoratori	10
Gebbia Bortolotto Penalisti Associati	
Organismo di vigilanza e d.lgs 231/01: natura e funzioni	11
Studio Giordanengo Avvocati Associati	
Carpe covid: il penale riparte	12
Marcello Elia	
Trojan: ragionevolezza della riforma e art. 270 c.p.p.	13
Napoletano Ficco & Partners Avvocati Penalisti	
La causa di non punibilità dei reati tributari	15
Perroni & Associati	

I nodi da sciogliere

La prospettiva di fusioni per rafforzare la presenza sul mercato e il passaggio generazionale le sfide da vincere nel prossimo futuro.

Le incertezze provocate dalla crisi sanitaria ed economica senza precedenti hanno costretto gli studi legali a interrogarsi sul proprio futuro strategico. Le difficili condizioni di mercato non hanno risparmiato nemmeno il penale d'impresa, practice anticiclica per eccellenza. I penalisti oggi si dividono tra chi vuole scardinare i presupposti dell'offerta tradizionale e chi invece punta a potenziare il modello già in essere. In particolare, emergono due nodi centrali dall'indagine promossa da TopLegal su oltre 30 insegne penali: il consolidamento tramite integrazioni e il passaggio generazionale. Sul tema del consolidamento, i penalisti si suddividono principalmente in due fazioni: tradizionalisti e possibilisti. Appartengono alla prima categoria coloro per cui un'ipotetica fusione o integrazione sarebbe negativa a prescindere.

Primo, perché darebbe un segnale di debolezza al mercato; secondo, perché priverebbe la struttura della propria indipendenza. «In certe situazioni – precisa Filippo Ferri, partner di Cagnola – un'integrazione con realtà maggiori può essere una scelta vincente, ma in altre può essere un segno di debolezza. L'esperienza americana e inglese, per esempio, ci insegna che gli studi specializzati nel solo diritto penale esistono ancora... e resistono». Nelle fila dei tradizionalisti vi sono studi forti di un posizionamento consolidato sul mercato e che non sentirebbero la necessità di presentarsi diversamente ai propri clienti, se non potenziando la struttura che già c'è.

Per i possibilisti la questione ruota attorno la scelta dell'acquirente o controparte. Alcuni sostengono di preferire essere inglobati in un full service senza l'intralcio di un dipartimento di penale preesistente, per evitare problemi di integrazione. Altre boutique prediligono una fusione alla pari, evitando di creare sovrastrutture con la crisi alle porte. «L'integrazione con una law firm – rivela Giovanni Paolo Accinni, fondatore dell'omonimo Accinni – priverebbe lo studio del suo status di libero player di mercato e della possibilità di intavolare relazioni professionali con strutture diverse rispetto a quella di appartenenza. L'unica integrazione vincente potrebbe perciò intervenire con altra boutique penale, a patto che la stessa sia dotata di altra e diversa specializzazione». Dello stesso avviso Giuseppe Fornari, socio fondatore di Fornari, che avviserebbe «una cooperazione con altra boutique penale, che possa rispondere alla forza commerciale e alla cassa di risonanza propria dei grandi studi». Tra le ragioni che spingono a valutare fusioni e integrazioni vi è al primo posto il contenimento dei costi. A seguire, la possibilità di coprire maggiori aree e quindi fornire un servizio più completo ai propri clienti. Tuttavia, la condizione espressa da molti professionisti è una solida organizzazione e spartizione dei ruoli. «Siamo pronti a dialogare con altri penalisti di riconosciuto standing – racconta Armando Simbari, name partner di Dfs – laddove vi sia un progetto di aggregazione vera, nell'ambito della quale vengano chiaramente definiti i ruoli e le competenze e si definisca il valore aggiunto che una struttura così aggregata può dare al mercato. Occorre cioè che tutti i professionisti, a partire dagli equity partner, traccino in maniera chiara il loro ambito di operatività».

Altri ancora propongono una terza via: condividere gli spazi o alcuni clienti con altre insegne tramite meri accordi di collaborazione. In tal modo lo studio conserva la propria indipendenza centrando l'obiettivo di abbattere i costi. «Non ritengo che un'integrazione definitiva possa essere lo strumento più adeguato a questo

momento del mercato. – spiega Marcello Elia dell'omonima insegna Elia – Ritengo piuttosto utili alleanze tra penalisti che abbiano differenti esperienze e competenze che si scelgono volta per volta per rispondere alle questioni che si presentano».

Il secondo nodo del passaggio generazionale è altrettanto complesso e legato a doppio filo con l'avanzata della consulenza relativa al d.lgs. 231/2001, che in quasi vent'anni dall'entrata in vigore ha rivoluzionato la cultura penalistica aziendale. La progressiva trasformazione della domanda verso la consulenza preventiva, a scapito del contenzioso, ha riaperto il dibattito sul problematico cambio generazionale degli studi penalisti. I nomi dei grandi professionisti italiani sono sempre gli stessi, con pochi professionisti giovani che riescono ad affermarsi sul mercato. «Nella professione dell'avvocato penalista – spiega un intervistato – l'esperienza costituisce un valore essenziale. Altrettanto importante è la credibilità dell'avvocato agli occhi dei magistrati inquirenti e giudicanti». Tuttavia, la dualità anagrafica si attenuerà sempre di più grazie all'avanzata della consulenza preventiva e del contestuale calo del contenzioso, che solo ora ricomincia a muoversi dopo il fermo causa Covid19. Il rovesciamento indotto dalla norma 231, insieme ad altre leggi successive, ha contribuito alla crescita del penale d'impresa, percepito come sempre più essenziale. «La figura del penalista – specifica Jean-Paul Castagno, partner e responsabile del penale in Orrick – è in evoluzione: se prima era visto come il protagonista del contenzioso, oggi è sempre più chiamato a essere il protagonista della prevenzione, valutazione e gestione del rischio. In questa prospettiva lo studio multipractice non può più prescindere dal penalista».

Conseguentemente, sono aumentati gli spostamenti di professionisti specializzati in materia e diversi studi full service si sono dotati del dipartimento come Lca, Orrick e Pedersoli. Da ultimo il passaggio di Pasquale Annicchiario in Dentons, in qualità di socio e responsabile della divisione white collar crime. Anche le boutique monospecialistiche hanno subito cambiamenti: Alessandro Pistochini, diviso da Lorenzo Crippa, ha creato la propria boutique Pistochini; Alfio Valsecchi si è spostato da Lsm per diventare name partner di Bell Valsecchi e Armando Simbari è tornato in Dfs dopo l'esperienza in Dentons.

Questa mutata domanda di servizi, che vede in crescita le indagini interne e la consulenza preventiva, è destinata a crescere anche a causa della pandemia, che ha richiesto molteplici interventi da parte degli esperti legali per assicurare la sicurezza degli ambienti lavorativi e l'aggiornamento dei modelli di compliance.

Come sempre avviene, a un cambio della domanda corrisponde un cambio dell'offerta. Ebbene, secondo la gran parte degli intervistati la consulenza richiede abilità diverse e nuove rispetto a quelle diffuse sul mercato. Secondo Niccolò Bertolini Clerici, partner e responsabile del penale in Legance, l'importanza crescente di società estere nell'economia italiana comporta per i consulenti la necessità di maggiore rapidità delle risposte e capacità di relazionarsi in lingua inglese. A queste capacità del penalista moderno, si aggiunge la richiesta di gestire il rischio a tutto tondo, anche oltre all'ambito penale. Di qui il vantaggio competitivo dei full service, che possono assistere il cliente anche in altre materie. «Ciò che ci si attende dal penalista non è più solo la conoscenza della propria materia, ma anche di essere in grado di comprendere e gestire le diverse discipline che nelle singole vicende possono interfacciarsi con quella penale e processuale» spiega Francesco Sbisà, partner e responsabile della practice in BonelliErede.

Svolgere la propria attività all'interno di uno studio multidisciplinare, secondo Sbisà, genera l'abitudine a interfacciarsi con professionisti che si occupano di materie diverse e quindi completa l'offerta. Il rafforzamento dei full service, storicamente tagliati fuori dalla categoria, accende la competizione e rende ancora più decisivo il passaggio generazionale nelle boutique roccaforti del penale. «L'unica risposta vincente al trend che vede i grandi studi multipractice aprire al penale d'impresa – rincara Enrico Maria Giarda di Giarda – è certamente l'aggregazione di più realtà di pari dimensioni per costruire un grande polo penalistico di riferimento con grande specializzazione».

Intercettazioni di comunicazione private e progresso tecnologico

Effetti quotidiani di una disciplina antica e inadeguata



Quando per la prima volta in Gran Bretagna, all'esordio dell'era delle comunicazioni via cavo, si introdussero le intercettazioni come strumento investigativo, lo si fece come estrema ratio, misura eccezionale da non abusare, limitata nel tempo e soprattutto per casi molto gravi. Negli anni le "intercettazioni" vennero utilizzate da quasi tutti i sistemi giudiziari moderni, con discipline più o meno garantiste. In Italia per la prima volta con il nuovo codice di procedura penale del 1988, si cercò di regolare un fenomeno che esisteva da quasi un secolo, con una disciplina organica che in qualche modo avrebbe dovuto mediare tra esigenze investigative, efficacia della giurisdizione, diritto alla riservatezza e diritto di cronaca. Non avendo il legislatore costituzionale previsto una gerarchia tra i citati principi fondamentali, la normativa codicistica fu improntata al compromesso ma soprattutto affidata alla diligenza e prudenza dell'operatore, magistrato o poliziotto. Vi era al tempo grande e diffusa stima, fiducia nella categoria dei magistrati, spesso riferimenti ed esempi di cultura ed equilibrio di ciascuna comunità. Non vi era ragione per ipotizzare abusi e controllare anche allora. Nel 1988, oltre che socialmente sostenibile appariva necessario, specie per contrastare importanti fenomeni di criminalità organizzata. Le intercettazioni poi furono in seguito usate e abusate per la lotta alla corruzione. A cicli più o meno brevi, tanto è avvenuto fino ai giorni nostri, ogni qualvolta qualcuno soltanto ipotizza di metter mano alla norma e ridurre le possibilità di intercettare, alternativamente le bandiere della minaccia della criminalità organizzata e della lotta alla corruzione, sventolano sul fronte dei paladini della massima diffusione delle intercettazioni. Ancora oggi i controlli sugli abusi, continuano comun-

que ad essere inspiegabilmente inesistenti e le maglie sempre più larghe. Qualunque sia il convincimento di ognuno di noi al riguardo, occorre comunque confrontarsi con l'evoluzione tecnologia e la diffusione improvvisa e capillare degli attuali strumenti. Due semplici considerazioni rendono bene la magnitudo del problema. Nel 1988 o negli anni seguenti, in pochi avevano il "telefono cellulare" (allora era un TACS e poi fu GSM). Oggi? In ogni famiglia esistono concentrazioni o colonie di smartphone, statisticamente vengono utilizzati per tutto, ma solo in minima parte per parlare e comunicare. Su questi maledetti telefoni, passa la nostra vita, si scandiscono gioie, dolori, segreti imbarazzanti o semplici vizi, sofferenze atroci e verità private. Passa tutto. Ogni cosa, gusti, passioni, abitudini e debolezze. Le foto dei nostri figli, nipoti. La prima parola di un neonato, il suo primo passo o l'ultimo saluto ad un congiunto; un vero patrimonio di famiglia. Tutto ciò può ancora essere rimesso, o abbandonato, alla buona fede dell'operatore, magistrato o poliziotto, e per quale strana forma di rapporto incestuoso, finisce tutto sempre, ma sempre, sulla stampa ancor prima che ne sia controllato e verificato nel processo il contenuto e la rilevanza. Si stimola, si alimenta ogni curioso prurito, impunemente. Cui prodest. Abbiamo tutti la tecnologia 5G con le garanzie costituzionali da grigio telefono marchiato SIP. Si va a caccia di farfalle con il gas nervino. Ancora per quanto?

Aiello Avvocati Associati
Penalisti in Milano e Roma

www.abassociati.com

Il recepimento della direttiva pif

Più tutele per gli interessi finanziari dell'Unione europea: novità per il d. lgs. 231/01, per i reati tributari e per quelli contro la P.A.



In data 6 luglio 2020, il Consiglio dei Ministri ha approvato il decreto legislativo n. 75/2020 di attuazione della Direttiva UE n. 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (cosiddetta "Direttiva PIF").

Il percorso di armonizzazione della normativa interna, rispetto a quella comunitaria, determinato dal d. lgs. in esame, opera su due differenti piani: il legislatore, infatti, da un lato amplia le fattispecie di reato già esistenti, prevedendo una tutela specifica degli interessi finanziari dell'UE, dall'altro, invece, estende l'area della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, derivante dalla commissione di reati tributari che arrecano grave pregiudizio agli interessi finanziari comunitari.

L'intervento normativo in questione non prevede l'introduzione di nuove fattispecie di illecito penale e, pertanto, può essere qualificato quale intervento di novellazione di norme interne, effettuato mediante singole modifiche, integrazioni e precisazioni di disposizioni vigenti.

Per una trattazione più agevole, si propone una suddivisione schematica delle novità più significative introdotte con la disciplina in esame.

Le modifiche apportate al Codice Penale

Con riferimento alle ipotesi delittuose di cui agli artt. 316, 316 ter e 319 quater c.p., il legislatore introduce una circostanza aggravante speciale che comporta l'innalzamento della pena edittale nel

massimo fino a quattro anni di reclusione, nel caso in cui il fatto offenda gli interessi finanziari dell'UE, e che il danno o il profitto siano superiori ad euro 100mila.

Un'ulteriore modifica attiene all'inserimento al comma I, dell'art. 322 bis c.p. del n. 5 quinquies, che consente l'estensione della punibilità, ove i fatti di corruzione siano tali da offendere gli interessi finanziari dell'Unione, "alle persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di Stati non appartenenti all'Unione europea".

Analoga estensione della portata applicativa della norma è stata attuata, con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 640, comma 2, n. 1) c.p., mediante l'equiparazione dell'Unione Europea allo Stato ed agli altri enti pubblici, quali persone offese del reato.

Le modifiche relative ai reati tributari

Il comma 1 bis dell'art. 6 introduce la punibilità, anche a titolo di tentativo, dei reati di cui agli artt. 2, 3 e art. 4 d. lgs. n. 74/2000, quando gli atti diretti a compiere i predetti delitti sono compiuti in ambito transnazionale (cioè, all'interno dell'Unione Europea), al fine di evadere l'IVA per un importo complessivo non inferiore ad euro 10 milioni.

Tale deroga alla disciplina generale si è resa necessaria sulla scorta di quanto disposto nella legge delega con cui il Parlamento ha imposto al Governo di abrogare tutte le norme interne incompatibili

con quelle della direttiva, specialmente “*quelle che stabiliscono che i delitti che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea di cui agli artt. 3 e 4 della medesima direttiva non sono punibili a titolo di concorso o di tentativo*”.

Un intervento sull’art. 9 del d. lgs. n. 74/2000 il quale, come noto, limita la punibilità a titolo di concorso dell’emittente e dell’utilizzatore di fatture relative ad operazioni inesistenti, non è stato ritenuto necessario, in quanto l’esclusione del concorso di persone nel reato è stata introdotta, dal legislatore nazionale, al fine di evitare che un medesimo soggetto sia chiamato a rispondere due volte, per lo stesso fatto: nello specifico, una volta per aver emesso le f.o.i. ed un’altra volta per aver concorso, con l’emissione, nel reato commesso con la dichiarazione fiscale presentata dall’utilizzatore delle fatture medesime.

La novella *de qua* presenta un significativo profilo di interesse che concerne il riferimento agli “*atti diretti a commettere i delitti*”, in cui non figura il secondo requisito dell’univocità degli atti richiesto dall’art. 56 c.p. per l’operatività dell’istituto del tentativo di delitto.

Nel caso in cui la soppressione del requisito dell’univocità degli atti non fosse il frutto di una disattenzione, bensì di una precisa scelta del Legislatore, tale disposizione determinerebbe una notevole anticipazione della soglia di punibilità, con violazione del principio di offensività.

L’ampliamento dell’area della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001.

Il decreto in esame apporta, a norma dell’art. 5, modificazioni al d.lgs. n. 231/2001 volte ad ampliare il catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche.

In primo luogo sono state introdotte nuove fattispecie di reato nell’elenco di cui all’art. 24, quali il delitto di frode nelle pubbliche forniture (ex art. 356 c.p.) ed il reato di frode in agricoltura (ex art. 2 della L. n. 898/1986).

Il decreto interviene, altresì, sull’art. 25, estendendo il panorama dei delitti contro la P.A. con l’inserimento dei reati di cui agli artt. 314, 316 e 323 c.p.: in relazione a tali fattispecie di reato, tuttavia, l’estensione della responsabilità alle persone giuridiche risulta circoscritta ai soli casi in cui “*il fatto offende gli interessi finanziari dell’Unione europea*”. Le novità più rilevanti riguardano l’art. 25 *quinquiesdecies*, al quale viene aggiunto il nuovo comma 1 bis, che prevede, in relazione ai reati tributari di cui agli artt. 4, 5 e 10 quater del d.lgs. n. 74/2000

“*commessi nell’ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l’imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*”, l’irrogazione della sanzione pecuniaria fino a 300 quote per il delitto di dichiarazione infedele, e fino a 400 quote per i delitti di omessa dichiarazione ed indebita compensazione. In proposito, si noti che detti reati non erano previsti dalla direttiva PIF.

Da ultimo, con l’art. 25 *sexiesdecies*, vengono introdotti nel catalogo 231 i delitti di contrabbando, ex D.P.R. n. 43/1973, con una sanzione modulata a seconda che il reato ecceda o meno la soglia, individuata in euro 100mila, oltre la quale la lesione degli interessi finanziari UE deve ritenersi considerevole.

La modifica dei reati di contrabbando e di frode in agricoltura

Infine, il legislatore ha inasprito il trattamento sanzionatorio per i delitti in questione, nei casi in cui l’ammontare dei diritti di confine dovuti sia superiore ad euro 100mila.



Giovanni Borgna

Lo Studio legale Borgna offre i suoi servizi professionali nel campo del diritto d’impresa, sia in ambito contenzioso che stragiudiziale, grazie ad un’esperienza decennale ed a professionisti esperti nelle diverse discipline che governano le attività economiche. Accanto alla tradizionale attenzione per il diritto penale dell’economia, lo Studio fornisce assistenza qualificata nei settori del diritto amministrativo, civile e commerciale.

Studio Legale Borgna

Sede principale: Via San Nicolò n. 21, Trieste (TS), 34121

Tel. 040 365594 (r.a.) 040362456 040365165

Fax 040365598

E-mail trieste@studioborgna.com

Pec studioborgna@legalmail.it

Altre sedi: Via San Marco n. 22, Milano (MI), 20121

Via E. degli Scrovegni n. 7, Padova (PD), 35131

Via Torino n. 186, Mestre (VE), 30170

www.studioborgna.com

Corporate internal investigations: il ruolo del penalista

Il contributo del penalista alle indagini interne è imprescindibile per consentire all'ente di evitare responsabilità o contenere potenziali danni.



Il ruolo dell'avvocato penalista – è ormai cosa nota – non è più confinato alle aule di udienza, ma continua ad arricchirsi di nuove sfaccettature. Fra queste, la prassi giudiziaria degli ultimi anni ha fatto prepotentemente emergere quella dello svolgimento delle investigazioni interne aziendali. Nate nel mondo anglosassone, le *internal investigations* sono ormai diventate una realtà consolidata anche nel sistema italiano. Sempre più di frequente, infatti, le aziende hanno bisogno di supporto esterno per dare inizio e portare avanti indagini interne finalizzate ad accertare eventuali comportamenti illeciti commessi dai propri dipendenti, anche in danno dell'azienda medesima. L'attività di investigazione dell'ente può nascere in maniera del tutto autonoma (ed essere finalizzata, per esempio, a verificare possibili violazioni delle *proprie policies* - si pensi al caso di *harassment conducts* di un dipendente verso i colleghi). Molto spesso, tuttavia, questa tipologia di indagine interna nasce e si sviluppa in parallelo con un procedimento penale a carico di uno o più dipendenti, se non anche a carico della stessa persona giuridica ex d.lgs. 231/2001 (si pensi, a titolo esemplificativo, ad un procedimento a carico di un dipendente indagato per reati contro la pubblica amministrazione, asseritamente commessi nell'interesse dell'ente). Proprio la scelta legislativa di disciplinare i canali di *whistleblowing*

all'interno dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 ha dato un primo, forte fondamento normativo a tali investigazioni.

Le finalità perseguite dall'ente possono essere numerose: accertare fatti coinvolgenti la società o i suoi dipendenti, valutare le conseguenti, possibili responsabilità (non solo penali, ma anche civili o amministrative), assumere iniziative disciplinari nei confronti di dipendenti che abbiano violato le *policies*, verificare la tenuta del modello organizzativo, elaborare una strategia difensiva e porre in essere condotte riparatorie (o ancora, valutare gli aspetti regolatori in sede amministrativa). Il tutto in un contesto sempre più globale, in cui la società ha ormai sempre stringenti esigenze di reporting nei confronti della propria casa madre, e quest'ultima – a cascata – nei confronti delle autorità del proprio Paese. Inoltre, le *corporate internal investigations* si compongono di variegate attività, fra le quali possiamo menzionare l'analisi della documentazione aziendale, l'analisi delle caselle di posta elettronica aziendale e le interviste nei confronti dei dipendenti.

La natura eterogenea delle finalità perseguite e delle attività svolte richiede necessariamente un *mix* di competenze giuridiche diverse: tra le più frequenti, il diritto del lavoro, il diritto della *privacy* e, ovviamente il diritto penale. Il penalista è dunque chiamato a lavorare in *team* con

altri professionisti ed a calare le proprie competenze in un contesto innovativo.

È intuitivo come l'apporto dell'avvocato penalista sia non solo indispensabile sotto un profilo "sostanziale" (ad es., la approfondita conoscenza delle fattispecie penalmente rilevanti che potrebbero emergere dalla indagine e l'esperienza, il *professional touch*, che il penalista ha in determinati, delicati contesti, primo fra tutti quello delle interviste), ma anche sotto un profilo "formale". Le investigazioni interne, infatti, sono caratterizzate da un assoluto "vuoto normativo", ossia l'assenza di qualsiasi disciplina di legge.

Il coinvolgimento del penalista consente di svolgere queste complesse e delicate attività non come mere indagini aziendali (in quanto tali, con limitato valore giudiziario e, soprattutto, prive di qualsiasi reale tutela penale), ma come vere e proprie investigazioni difensive ai sensi degli artt. 391-bis e ss. c.p.p., con conseguenze di enorme portata con riferimento alla utilizzabilità processuale e alla forza probatoria degli elementi raccolti, alle differenti attività eseguibili (si pensi al coinvolgimento di consulenti tecnici), nonché alla tutela della segretezza delle informazioni raccolte (c.d. *legal privilege*). Quest'ultimo aspetto è di particolare rilevanza: soltanto l'avvocato difensore che agisca nell'esercizio di un mandato – anche in via puramente preventiva ex art. 391-*nonies* c.p.p. – può garantire un alto livello di tutela delle attività eseguite e del materiale reperito. Di cruciale importanza gli effetti ai fini della "responsabilità 231". Da un lato, le investigazioni interne possono dimostrare l'efficace adozione ed attuazione del modello organizzativo, la concreta vigilanza da parte dell'Organismo di Vigilanza e quindi determinare un esonero di responsabilità per la persona giuridica (artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001). Dall'altro, le indagini possono comunque determinare una attenuazione della risposta sanzionatoria, attraverso il compimento di una forma di condotta riparatoria: così facendo, l'ente può evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive (particolarmente afflittive nel sistema 231), nonché una riduzione delle sanzioni pecuniarie. A tutto ciò si aggiunga che, al contrario, la mancata attivazione di una investigazione interna, l'omesso accertamento dei fatti e degli eventuali responsabili, può essere interpretato dalla Autorità Giudiziaria come un comportamento non collaborativo e portare a conseguenze ancora più dannose. Non a caso, è prassi consolidata, per le persone giuridiche che abbiano svolto una

indagine di questo genere e che abbiano o rischiano un coinvolgimento 231, depositare alla Autorità Giudiziaria gli esiti (il *report* finale) delle investigazioni interne. In questo senso, la recente introduzione dei reati tributari all'interno del catalogo dei c.d. reati presupposto (in attuazione della c.d. direttiva PIF) apre una nuova pagina di *internal investigations* nell'ambito fiscale: qui sarà cruciale la fusione delle competenze del penalista con quelle del fiscalista. Insomma, se ancora il sistema italiano non è giunto ad approntare i meccanismi di *self-reporting* e di conseguenti *deferred prosecution agreements* e *non prosecution agreements* (sempre più frequenti nel mondo ed in particolare negli Stati Uniti), comunque anche il nostro quadro legislativo è ormai inequivocabilmente orientato in quella medesima direzione.



Fabio Cagnola

Lo studio Cagnola & Associati ha sede a Milano, opera nel campo del diritto penale di impresa, ambito in cui i suoi professionisti hanno maturato un'approfondita esperienza partecipando ad alcuni dei più rilevanti processi del settore. Lo studio assiste la propria clientela sia nella difesa di individui ed enti nell'ambito di procedimenti penali sia nell'attività consenziale.

Nello svolgimento della propria attività, lo studio si avvale dei più accreditati consulenti specialistici dei diversi settori di riferimento. Lo studio assiste clienti nazionali ed internazionali, è membro, tramite i suoi professionisti, di associazione del settore.

Cagnola & Associati
Milano

Via Conservatorio, 15 20122
+39 02 35988008
+39 02 40701597
info@cagnolaassociati.it
www.cagnolaassociati.it



Smartworking e tutela della salute dei lavoratori

Le misure di prevenzione e le azioni da adottare da parte del Datore di Lavoro



La crisi sanitaria da COVID 19 sta tenendo in grande allarme tutto il Mondo e, ovviamente, sta sottoponendo anche il nostro Paese a misure di contenimento nuove, o quantomeno mai così massivamente sfruttate, che impattano non solo sulla vita quotidiana di tutti i cittadini, ma anche sulle imprese, sottoponendo le stesse e la loro operatività ad un incredibile stress gestionale.

Il ricorso alla misura del c.d. *smart working*, necessario durante il *lockdown*, continua ancora oggi ad essere largamente applicato.

Molte aziende - nazionali ed appartenenti a Gruppi internazionali - hanno a lungo riflettuto su quale potesse essere il miglior assetto organizzativo per consentire un più diffuso rientro al lavoro, anche coinvolgendo, mediante interviste e questionari, i lavoratori stessi affinché indicassero quali misure organizzative li avrebbero fatti sentire più "al sicuro".

Tali consultazioni hanno fatto emergere non di rado come i lavoratori siano "divisi a metà" tra chi intende rientrare in ufficio e chi, invece, preferisce rimanere a casa, e che tale risultato rispecchi sostanzialmente la diffusione geografica dei focolai di COVID 19 (nelle località in cui è stato maggiore lo sviluppo della malattia ovvero si stanno sviluppando nuovi focolai è forte l'intenzione di rimanere a casa).

Il ricorso allo *smart working*, per quanto, come detto, spesso incentivato dai lavoratori stessi, comporta al datore di lavoro alcuni accorgimen-

ti e provvidenze ulteriori per il rispetto di quanto previsto dal d.lgs. 81/08.

L'idea che il Datore di Lavoro debba valutare il rischio da "lavoro a casa", analizzando in concreto la postazione lavorativa, l'ambiente circostante ed ogni aspetto rilevante ai fini della sicurezza e dell'igiene sul lavoro ha un rilievo solo teorico ed appartiene al mondo delle affermazioni che riempiono la bocca di chi le effettua.

L'attuazione della cautela, pur doverosa, deve essere calata nel contesto dello *smart working* nonché nel più generale contesto delle enormi difficoltà in cui stanno versando molte aziende in questo periodo.

Indubbiamente sarà necessario ed opportuno prevedere istruzioni operative per il lavoratore in *smart working* che considerino, da un lato, la corretta gestione della postazione di lavoro, gli intervalli, le pause etc. e, dall'altro, la tutela dei dati dell'azienda e della postazione informatica.

Gebbia Bortolotto Penalisti Associati

Torino
Corso Vittorio Emanuele II, 68 - 10121
Tel. +39 011/4546389 - Fax +39 011 5620622

Milano
Largo Donegani 2 20121 Milano
Tel. +39 02 89734705

Roma
Via XXIV Maggio 43 - 00187
Tel. +39 06 95215745

www.gbpenalisti.it

Organismo di vigilanza e d.lgs 231/01: natura e funzioni

Il ruolo dell'ODV nel sistema della *compliance* aziendale nell'ambito della prevenzione del rischio da reato e dell'esonero da responsabilità dell'ente.



Funzione aziendale fondamentale ai fini della garanzia dell'attuazione efficace, effettiva ed adeguata di un Modello Organizzativo idoneo a salvaguardare l'ente dalle implicazioni di una contestazione di colpa in organizzazione, l'ODV, nel più ampio contesto del sistema dei controlli interni, condensa l'essenzialità del suo ruolo nell'attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del documento 231, rispetto alla quale gli altri compiti demandatigli dal decreto si pongono come necessari corollari (artt. 6 e 7, D.Lgs.231/01).

Attraverso la costante, indipendente e professionale verifica dei contenuti del Modello, l'Organismo di Vigilanza, promotore di controlli sulla sua validità, nonché diffusione e condivisione nel contesto aziendale e destinatario di continui flussi informativi da parte delle altre funzioni - in particolare da parte degli altri organi di controllo: Collegio Sindacale, *internal audit*, *risk management*, RSPP - ne valuta la predisposizione a fronteggiare il pericolo di realizzazione dei reati presupposti e, quale ausiliario dell'organo dirigente, fornisce ai vertici societari tutte le indicazioni indispensabili a confermarne la sempre attuale capacità esimente.

L'esercizio dell'attività di vigilanza, svolta con modalità analoghe e, spesso, sovrapponibili ai processi di *internal audit*, riassume in sé la necessità della continua revisione della tenuta del Modello nel tempo rispetto a modifiche di *governance*, strategiche e legislative; della verifica della sua consapevole adozione e comprensione a tutti i livelli societari;

della organizzazione di supporti informativi e corsi formativi calibrati per ogni settore e mansione; e del ricorso ad un sistema disciplinare posto a presidio del rispetto e della corretta applicazione dei protocolli di prevenzione del rischio-reato.

È del tutto evidente che un tale ampio spettro di operatività depone nel senso della adozione, laddove possibile, di un Organismo di Vigilanza collegiale, che sappia coagulare in sé tutte le professionalità, interne ed esterne, funzionali ad ottemperare ai propri obblighi ed ai propri compiti con la dovuta competenza e preparazione.

Alla centralità riservata dal Legislatore all'ODV nel sistema 231 non corrisponde peraltro una puntuale normazione delle sue concrete procedure esecutive, rimesse in buona sostanza all'interprete e alla elaborazione, da parte delle principali associazioni rappresentative delle imprese, di principi e linee guida nella direzione di una azione efficiente e coerente con le finalità del decreto.

Studio Giordanengo Avvocati Associati

Via Ettore De Sonnaz n. 11
10121 - TORINO

Tel.: 011 5628081 - Fax: 0115628623

Via Maria Adelaide n.8
00196 - ROMA

Tel.: 06/56549153 - Fax: 06/56549162

www.studiogiordanengo.it

Carpe covid: il penale riparte

Nessun personaggio, noto o meno noto, si è lasciato sfuggire l'occasione di dichiarare che questo periodo di lockdown è stato un momento di "grandi riflessioni".



In attesa che i frutti di queste illuminanti riflessioni cadano sul pianeta Terra, vale la pena interrogarsi anche in relazione al mondo delle professioni, e del penale in particolare, visto che è di questo che mi occupo. Mentre passavamo, durante i mesi di lockdown, da una video call all'altra abbiamo imparato che non esiste un mondo di risorse infinite e che l'etica del "more, faster, bigger" non è quindi la più adeguata.

Abbiamo scoperto che le energie del pianeta sono in crisi e che noi stessi abbiamo una crisi di energia. Abbiamo bisogno di un nuovo modo di lavorare un nuovo paradigma che ci insegni a usare la nostra energia piuttosto che il nostro tempo. Mi pare che la consegna più significativa di questo periodo di frenetiche connessioni possa riassumersi nella (ri) scoperta della consapevolezza che vivere il rapporto con il cliente, momento per momento, rappresenti la sfida più interessante per il penalista. Questa consapevolezza genera qualità, cura e attenzione. Ma tutto ciò è possibile solo se siamo presenti, se la nostra principale preoccupazione è rispondere soltanto a ciò che il momento richiede, interrogandoci continuamente su come posso essere al servizio di questa persona che ho di fronte, virtualmente o meno. In sintesi: la nostra preoccupazione non sarà più il mercato, anzi, ma solo e soltanto quell'individuo che ho davanti, adesso.

Per rispondere al meglio a queste nuove, ma anche così antiche, sfide occorre domandar-

si se il nostro Studio Professionale sia ancora adeguato. Come due bastoni che si reggono reciprocamente, così il penalista vive nel e del rapporto con il suo assistito. Sono interdipendenti. Lo Studio diventa così un ponte dentro il quale scorre il mondo.

Spesso a noi penalisti viene chiesto di confluire in qualche grande struttura.

Sul punto mi pare di poter dire che spesso un grande contenitore legale, anche se appena nato, è già così rigido da risultare poco attento alle esigenze del cliente, in quanto bloccato soprattutto nel rispondere alle proprie necessità.

Mi pare poi inutile contrastare l'incertezza di questo momento storico con spinte aggregative spesso dettate solo dalla paura di scomparire: tanto vale cominciare a sentirsi a nostro agio nell'incertezza, per farla diventare motore di crescente vitalità e creatività in tutto quello che andremo a fare.

Penso piuttosto che una rete, una filiera di professionisti che condividendo valori e interessi comuni si scelgono volta per volta, possa essere lo strumento più adeguato.

Studio Legale Avv. Marcello Elia

Corso di Porta Vittoria n. 28; Milano, 20122,
Tel. +39(0)255199040 / + 39 (0)255199267;
Fax +39(0)255199241.

Skype: marcello.elia@studioelia.it

Trojan: ragionevolezza della riforma e art. 270 c.p.p.



Con il decreto legge n. 161 del 2019, approvato il 30 dicembre 2019, convertito con L. n. 7 del 2020, il legislatore ha inteso estendere l'applicabilità del captatore informatico (c.d. Trojan) ai fini della ricerca della prova mediante mezzi intercettivi.

Come noto il captatore informatico consiste in un programma informatico (software) basato sull'invio, da remoto, di un virus capace di installarsi autonomamente su qualsiasi apparecchio, smartphone, tablet, computer, smart tv. In particolare, prescindendo dall'interessante ricostruzione dell'*excursus* normativo e giurisprudenziale che ha condotto alla recente riforma, occorre rilevare come con il D.L. n. 161 del 2019, conv. con modificazioni dalla L. n. 7 del 2020, prevede che l'utilizzo del captatore informatico per realizzare intercettazioni tra presenti è "sempre consentito" sia per i delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen., sia per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la stessa pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

Per quanto riguarda i reati contro la P.A., la nuova disposizione determina quindi un ampliamento dell'area di applicabilità del captatore informatico, stante l'estensione dai reati dei pubblici ufficiali anche a quelli degli "inca-

ricati di pubblico servizio".

Un ampliamento che è solo in parte bilanciato dalla previsione dell'art. 267, co. 1, cod. proc. pen., secondo cui il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile deve indicare le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini in ogni caso e, quindi, anche se si procede per delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-quater e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la P.A. per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (per gli altri reati occorre in aggiunta indicare i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono).

Infine, si consideri che il D.L. n. 161 del 2019 ha apportato una significativa modifica "anche" al regime di utilizzabilità delle intercettazioni tramite captatore informatico in procedimenti diversi. Infatti, il nuovo articolo 270, co. 1-bis, c.p.p. prevede che i risultati delle intercettazioni tramite *trojan* possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'art. 266, co. 2-bis, c.p.p.

Risulta pertanto evidente come complessiva-

mente tale riforma si ponga in tensione con talune libertà fondamentali costituzionalmente tutelate, come quella della tutela alla riservatezza di cui all'art. 15 Cost., non soltanto nei confronti di soggetti terzi, estranei al procedimento e solo occasionalmente coinvolti dall'attività di ascolto, ma anche dello stesso indagato. Riforma che, a parere di chi scrive, risulta irragionevole sotto diversi profili (basti considerare l'equipollenza, in plurimi aspetti, dei reati commessi contro la p.a. a quelli mafiosi di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.), e dimostra come, ormai, "il diritto penale non è il prius che determina l'etica, ma è l'etica pubblica che fa espandere senza regole il sistema penale".

Giova, tuttavia, prendere atto di come il legislatore, quantomeno in riferimento alla citata disciplina dell'utilizzabilità del captatore informatico per reati diversi di cui al citato articolo 270, co. 1-bis, c.p.p., abbia ragionevolmente considerato l'invasività delle misure in questione.

Difatti, mentre le intercettazioni *tout court* non possono essere utilizzate, salve le eccezioni di cui all'art. 270 co. 1 c.p.p., solo in "procedimenti" diversi da quelli nei quali sono state disposte, il c.d. *Trojan*, salvo che non si proceda per uno dei delitti indicati dall'art. 266, co. 2-bis, c.p.p., non può essere utilizzato per la prova di alcun "reato" diverso, pertanto anche quello iscritto nel medesimo procedimento di quello per il quale venga disposto l'utilizzo di tale strumento.

Peraltro, nonostante l'incipit dell'art. 270, co. 1-bis, c.p.p. ("*fermo restando quanto previsto dal comma 1*"), sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disposizione normativa è possibile ritenere la inutilizzabilità degli esiti captativi per i reati, non ricompresi nel catalogo di cui all'art. 266, co. 2-bis c.p.p., diversi da quello per cui è stato autorizzato l'inserimento del captatore, pur quando si tratti di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, che, come noto, legittima, ai sensi del nuovo art. 270, co. 1 c.p.p., l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni anche in procedimenti diversi.

Inoltre, in occasione della conversione in legge del D.L. 161 cit., l'assemblea parlamentare ha provveduto ad aggravare gli oneri di trasferibilità dei risultati intercettativi conseguiti tramite *trojan*, ora utilizzabili per reati diversi da quelli cui si riferisce il decreto autorizzativo, purché "indispensabili" ai fini della prova dei reati di

cui all'art. 266, co. 2-bis c.p.p.

In sede di conversione, pertanto, è stato reintrodotta quel requisito di indispensabilità – e non mera rilevanza – probatoria che, segnatamente, limita fortemente una dilatazione dell'utilizzo di tale strumento per l'accertamento di ulteriori fattispecie criminose, circostanza che si porrebbe in tensione con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost.

In definitiva la novella, pur essendo censurabile sotto plurimi profili, non sembra aver determinato alcuna libera circolazione probatoria delle risultanze della captazione digitale, ma parrebbe aver ristretto l'area operativa della deroga al divieto di utilizzazione probatoria solo nel caso di captazioni compiute a mezzo trojan.



Luigi Fimiani

Napoletano Fico & Partners – Avvocati Penalisti ha sede a Roma e coniuga le competenze specialistiche di Enrico Napoletano, avvocato penalista e Professore a contratto di Diritto penale ambientale all'Università di Roma "Tor Vergata", e Paola Fico, avvocato e giurista di conclamata esperienza in diritto ambientale. Lo Studio offre un'accurata assistenza legale, giudiziale e consulenziale, nel settore penale e ambientale.

Napoletano Fico & Partners Avvocati Penalisti

00192, Roma – Viale Giuseppe Mazzini 73 |
20123, Milano – Via Vincenzo Monti 52 | 11932
TEL.: (+39) 329 325 4304 | (anche servizio whatsapp)
INFO: segreteria@napoletanoficcostudiolegale.com
UFFICIO STAMPA E RELAZIONI ESTERNE:
f.pucci@napoletanoficcostudiolegale.com
AMMIN.: amministrazione@napoletanoficcostudiolegale.com
PEC: enriconapoletano@ordineavvocatiroma.org

www.napoletanoficcostudiolegale.it

La causa di non punibilità dei reati tributari

Il doppio binario per i reati dichiarativi: il contribuente va esente solo se estingue il debito tributario prima della conoscenza del procedimento



Una delle novità più rilevanti che la recente riforma penale-tributaria ha introdotto attiene all'estensione della causa di non punibilità, regolata dall'art. 13 D.Lgs. n. 74/2000, ai reati di dichiarazione fraudolenta. Giova ricordare che con la riforma del 2015 il legislatore, sulla base di una precisa opzione politico-criminale, ha previsto che il pagamento del debito tributario, al ricorrere di stringenti condizioni, costituisce una causa di non punibilità, che vale a estinguere l'illecito fiscale. In particolare, l'art. 13, co.1 prescrive che l'adempimento del tributo estingue i reati di omesso versamento delle ritenute dovute o certificate, omesso versamento IVA e indebita compensazione, qualora avvenga prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, anche a séguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento, nonché del ravvedimento operoso. La *ratio* della norma è presto detta: nel caso in cui il contribuente, autore di un mero inadempimento fiscale, abbia correttamente segnalato lo stesso e si sia adoperato in tempo utile per estinguere il debito, anche se in modo non del tutto spontaneo, è ragionevole far ricorso alle sole sanzioni amministrative. Il co. 2 sancisce, invece, la non punibilità per i reati di dichiarazione fraudolenta (ora aggiunti), dichiarazione infedele e omessa dichiarazione, allorché il debito sia stato integralmente estinto, a séguito del ravvedimento operoso o mediante la presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione previsto per il periodo d'imposta successivo, purché il reo non abbia già avuto formale conoscenza dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o penale. È, dunque,

evidente che, in ragione del maggior disvalore delle fattispecie criminose in questione, la condizione di non punibilità è subordinata a una componente di spontaneità, che esige una condotta tempestiva e anticipatoria all'instaurarsi dell'accertamento fiscale o del procedimento penale. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere l'applicabilità retroattiva della causa di non punibilità di cui al co.1 ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore delle novelle legislative, anche qualora fosse già intercorsa la dichiarazione di apertura del dibattimento (da ultimo, Cass. Pen., Sez. III, 17/01/2018, n. 37083). Per converso, un diverso trattamento segue l'applicazione retroattiva della causa di non punibilità ai cd. reati dichiarativi: essa non può spiegare effetti rispetto ai procedimenti in corso, poiché l'esistenza stessa del procedimento esclude qualsiasi forma di collaborazione volontaria, facendo così venir meno un presupposto necessario della causa estintiva, *i.e.* la spontaneità (Cass. Pen., Sez. Fer., 27/08/2020, n. 24589).

Perroni & Associati

ROMA
Circonvallazione Clodia, 29
00195

Tel. +39 06 68392041 Fax +39 06 68308091
segreteria@perronieassociati.it

MILANO
Corso di Porta Vittoria, 46
20122

Tel. +39 02 5456105 Fax +39 02 55199809
segreteria@perronieassociati.it

www.perronieassociati.it

Il Focus Penale fa parte degli speciali
giuridici di TopLegal

Consulta su www.toplegal.it
tutti gli approfondimenti editoriali

Gli speciali:
Focus Lavoro
Focus Tax
Focus Sport
Focus COVID-19

TOPLEGAL
FOCUS
PENALE
