

Disciplina : **Gestione della privacy e sicurezza delle informazioni**

Cognome e nome studente : **Dott. Antonio Zannini**

Tutor di progetto : **Dott. Federico Lucia**

Anno Accademico : **2019**

Argomento del Paper : **La responsabilità degli enti in materia di riservatezza e tutela delle informazioni: nuove visioni d'insieme nell'ottica del raggiungimento di un sistema privacy integrato**

PREMESSA

L'avvento della digitalizzazione ha modificato profondamente il mondo aziendale. L'inarrestabile diffusione di internet e delle nuove tecnologie ha imposto alle aziende un grado sempre più elevato e disparato di gestione dei dati. Questo processo pertanto è divenuto condizione imprescindibile per ottimizzare l'organizzazione dei diversi processi interni. Il ricorso ad esempio alle nuove tecnologie, rappresenta, però un'"arma a doppio taglio", in quanto ha comportato non solo diversi effetti positivi, legati all'innegabile miglioramento del funzionamento di diverse aree di attività, ma anche un significativo innalzamento del rischio di commissione di comportamenti illeciti all'interno del contesto aziendale dovuto al fatto che il "sistema-impresa" non è sempre implementato alla stessa velocità, frequenza e grado rispetto all'evoluzione tecnologica dei processi.

CASO, DIFFICOLTA' OBIETTIVI

Il project parte dall'analisi dello stato attuale delle organizzazioni imprenditoriali: le stesse per la maggiore presentano modelli e sistemi separati e per lo più disomogenei per la gestione del dato, generando consequenzialmente sforzi importanti, non solo nell'adattamento ai cambiamenti imposti dall'esterno, ma soprattutto nel rendere effettive le modalità di lavoro di cui l'organizzazione si è dotata, anche rispetto alla prevenzione e gestione dei rischi aziendali.

L'obiettivo del project è quello di esporre una linea di analisi con particolare riguardo alla corretta governance del dato, nella fattispecie in quella organizzazione di natura complessa in possesso di modello di prevenzione dei reati previsto dal decreto legislativo 231/2001 che necessita d'integrare il "GDPR", all'interno del modello stesso e come gli standard ISO, es 27001, possano dare un importante contributo.

La crescita della complessità e dell'impatto della compliance normativa sull'organizzazione imprenditoriale rende necessario affrontare questo tema con un approccio innovativo e integrato, che eviti duplicazioni e/o disassociazioni di logiche, strutture, processi, metodologie, documenti e sistemi informativi.

DECRETO LEGISLATIVO 231/01 VS REG.UE 2016/679: UN NUOVO AMBITO PRIVACY ?

Il decreto legislativo 231/2001, in vigore dal 4 luglio 2001, ha introdotto nell'ordinamento italiano, in conformità a quanto previsto anche a livello europeo, un nuovo regime di responsabilità "ex crimine", derivante dalla commissione o tentata commissione di determinate fattispecie di reato nell'interesse o a vantaggio degli enti stessi, nello specifico si parla di "responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato" con sanzioni pecuniarie e interdittive di varia natura applicate direttamente all'ente per quanto concerne la violazione di norme del vigente Codice Penale e rappresenta altresì un'innovazione legislativa importante, poiché sancisce il superamento di un anacronistico brocardo "*societas delinquere et puniri non potest*¹, ovvero la società non può commettere reati".

¹ Societas delinquere non potest è un brocardo (letteralmente "la società non può commettere reati") con la quale il diritto penale risponde a un classico principio sulla responsabilità penale delle persone giuridiche. Secondo questo principio una persona giuridica non può commettere reati, per la mancanza di volontà (elemento soggettivo) che copre la frode ai suoi lavori. In tal modo, alle persone giuridiche non possono essere imposte sanzioni intese come le conseguenze giuridiche penali-classiche.

Nel nostro ordinamento, difatti, vige codesto principio individualistico di origine romanistica, secondo cui la responsabilità penale si basa su un complesso di requisiti psicofisici che non possono essere riferiti alle persone giuridiche cd. enti (società, associazioni ecc.); difatti cita l'art. 1 del decreto legislativo 231/01

art. 1 "Soggetti": «Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale».

L'intero sistema sanzionatorio nazionale è basato su pene e misure cautelari di sicurezza che, incidendo in larghissima parte sulla libertà personale, non risultano compatibili con la natura di un soggetto che non sia persona fisica: "de facto" le persone giuridiche non sono in grado di sentire l'effetto afflittivo o rieducativo delle sanzioni penali. Con tal decreto legislativo, quindi, si enuclea quella disciplina di "responsabilità delle persone giuridiche" per reati commessi da loro organi direttivi (apicali) o sottoposti (sub-apicali) nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, con un criterio di "culpa in vigilando"² nell'organizzazione dell'ente che è tenuto a dimostrare di aver fatto, mediante l'impiego di opportuni strumenti organizzativi, tutto il possibile ai fini di prevenzione della commissione dei reati da parte dei soggetti apicali o sub-apicali dell'azienda.

In ogni caso il citato decreto legislativo ha esteso, a tutti gli effetti, l'applicabilità di alcuni principi penalistici anche agli enti ed a tutti gli effetti oggi si tratta di responsabilità penale, con conseguente soggezione ai principi costituzionali dettati in materia penalistica e, seppur da un lato c'era chi sottolineava il titolo stesso della nuova disciplina, "responsabilità amministrativa dipendente da reato", dall'altro chi si interrogava sulla natura della responsabilità penale personale, in riferimento art 27 della Costituzione: "...La responsabilità penale è personale..."

Si rammenta che la società "societas" delinque, non solo, espia in una forma mentis para perdonistica:

art. 17 "Riparazione delle conseguenze del reato" 1. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;*
- b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*
- c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.*

L'ente è responsabile per i reati commessi, dai soggetti apicali o subordinati cd. sub-apicali, all' *art. 5 comma 1 lett. a) e b) "Responsabilità dell'ente": «Per soggetti apicali si intende: 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. E per subordinati: persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui sopra», solo se commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, all' art. 5 comma 2: «L'ente non risponde se i soggetti di cui sopra hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».*

Al fine di evitare una distorsione del principio del "nullum crimen, nulla poena sine culpa" ovvero nessun reato, nessuna pena senza colpa e di costruire un'inammissibile ipotesi di responsabilità oggettiva, è prevista per la configurabilità della responsabilità dell'ente da illecito amministrativo dipendente da reato, la sussistenza della "colpa organizzativa"³ ovvero l'omessa predisposizione di accorgimenti preventivi

² L'espressione indica la colpa sottostante alla responsabilità per il fatto illecito altrui, che viene attribuita a coloro che sono tenuti alla sorveglianza di determinate persone reputate non in grado di rendersi pienamente conto delle proprie azioni. Ad esempio, rientra in tale ipotesi il fatto illecito commesso da una persona incapace d'intendere e di volere. Allo stesso modo, si ha responsabilità dei genitori per i figli minori, degli insegnanti per gli allievi, del tutore per l'interdetto a lui affidato. I soggetti tenuti alla sorveglianza sono esonerati da responsabilità per i danni cagionati dai sorvegliati solo se provano di non aver potuto impedire la commissione del fatto.

Articoli collegati a titolo non esaustivo:

Art. 2048 Codice civile - Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte

Art. 2049 Codice civile - Responsabilità dei padroni e dei committenti

Art. 2947 Codice civile - Prescrizioni del diritto al risarcimento del danno

³ Il concetto di colpa organizzativa deriva da un concetto chiaro nella giurisprudenza, secondo il quale "in forza del rapporto d'immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza involgere minimamente il divieto di responsabilità penale per fatto altrui posto dall'art. 27 Cost." (Tribunale di Novara, 26 ottobre 2010). In tal senso "l'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente si basa su fatto proprio di quest'ultimo imputabile non a titolo oggettivo, sebbene per colpa di organizzazione, dovuta alla omessa predisposizione di un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione del reato

doverosi idonei ad evitare la commissione del reato presupposto⁴. Si rammenta che in giurisprudenza si è affermato che l'interesse o il vantaggio dell'ente possa consistere anche nel risparmio di spesa derivante dall'omessa adozione di adeguati presidi volti ad evitare la commissione di illeciti. Il legislatore pertanto, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso "caldeggiare" agli enti l'adozione di misure utili a prevenire la commissione di reati, adottando iniziative organizzativo-gestionali,

all' art. 6 "Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell' ente" : «1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;

b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;

c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

Tali accorgimenti quindi, vanno enucleati in un sistema di organizzazione cd. "modello organizzativo" che individua i rischi (risk assessment) e delinea presidi e controlli in maniera proattiva (risk management) . Non ottemperare a ciò, fonda gli elementi presuntivi della colpa d'organizzazione e la convalida del deficit organizzativo incardina l'imputazione all'ente di illecito penale. Grava sull'accusa quindi, l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nel complesso organizzativo che abbia agito nell'interesse di questa; sicchè tale "accertata" responsabilità si estende "per sobbalzo" dall'individuo all'ente nella sua collettività e diventa pertanto dovere di quest'ultimo l'onere della prova, cd. inversione dell'onere probatorio⁵. Il modello richiede, rispetto ai reati commessi dalle figure apicali e sub apicali delle organizzazioni complesse, la creazione di un organismo interno di vigilanza che abbia compiti di iniziativa, che si configura come uno strumento informativo, e di controllo, con poteri propositivi al fine di acuire l'efficacia del modello. Tale organo deve inoltre essere investito di tutti i poteri di iniziativa e controllo su ogni attività aziendale e livello del personale. Sul versante informativo quindi, gioca un ruolo decisionale il piano delle informazioni e delle comunicazioni verso l'organismo di vigilanza. La legge 48/2008⁶ aveva introdotto nel catalogo dei reati presupposto del decreto legislativo 231/2001, l'articolo 24 bis "Delitti informatici e trattamento illecito di dati", nella fattispecie:

- Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-ter c.p.)
- Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617- quater c.p.)
- Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-quinquies c.p.)
- Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-bis c.p.)

presupposto: è il riscontro di tale deficit organizzativo che consente l'imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo" (Tribunale di Novara, 26 ottobre 2010).

⁴ Il reato presupposto è un fatto criminoso che rappresenta, a sua volta, la condizione per la commissione di un altro reato. Il reato presupposto, detto in altri termini, costituisce l'antecedente necessario per la concretizzazione di un altro tipo di reato. Più specificatamente è il delitto non colposo da cui provengono danaro, beni o altre utilità

⁵ Più precisamente, l'ipotesi in cui il reato sia commesso «da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale», l'art. 6 comma 1 del Decreto realizza una completa inversione dell'onere probatorio, prevedendo che l'ente non risponde se dimostra di avere assunto le misure necessarie ad impedire la commissione di reati del tipo di quello realizzato.

⁶ Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno