Università degli Studi di Salerno

Corso Valore PA "Anticorruzione e trasparenza nella PA - II Livello Tipo A"

CIRPA – Centro Interdipartimentale per la ricerca di Diritto, Economia e Management della Pubblica Amministrazione

Prof. Aggr. Gaspare Dalia

Ricercatore di Diritto Processuale Penale
Docente di Diritto Processuale Penale Comparato
Dipartimento di Scienze Giuridiche – Scuola di Giurisprudenza
UNISA

Dispensa teorico-pratica a supporto della verifica finale circa l'applicazione degli strumenti e dei comportamenti proposti in situazioni reali (approccio della "formazione-intervento"), svoltasi in modalità di didattica a distanza su piattaforma Microsoft Teams nelle riunioni del 25 e 27/10/2022, 3 e 9/11/2022.

Istituti scelti: conflitto d'interesse – art. 328 c.p. – art. 323 c.p. – art. 314 – artt. 353 e 353-*bis* – whistleblowing – *privacy* e trasparenza

Premessa

Con la normativa anticorruzione ci si riferisce ad un concetto più ampio di corruzione:

non solo i fatti penalmente rilevanti, ma ogni fenomeno di abuso e strumentalizzazione della funzione pubblica per conseguire vantaggi indebiti di natura personale.

Si tratta della cd. CORRUZIONE AMMINISTRATIVA, alla quale l'ordinamento intende rispondere soprattutto in via preventiva, ossia predisponendo una serie di cautele e misure volte ad evitare il rischio di fenomeni corruttivi nell'apparato pubblico.

Tre nuovi protagonisti nella lotta alla corruzione. Non solo (o non più soltanto) le forze tradizionali, ma, soprattutto ed *in primis*:

1) le pubbliche amministrazioni, chiamate a predisporre strumenti di monitoraggio e controllo sulla legalità dei propri procedimenti;

2) i pubblici dipendenti, chiamati ad un rinnovato sforzo di correttezza deontologica e di integrità nell'ambito delle loro mansioni;

3) l'intera opinione pubblica, chiamata a vigilare sul corretto esercizio della funzione amministrativa e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Obiettivo: previsione di misure anticipatorie volte a rafforzare la legalità nella gestione del procedimento amministrativo.

Com'è noto, la riforma del 2012 ha subito il condizionamento della Comunità Internazionale

- **All'art. 1 L. 190/2012 si legge:**

“In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n.110, la presente legge individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e

di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

La Convenzione di Strasburgo, attuata in Italia con estremo ritardo – oltre a prevedere l'introduzione di nuove fattispecie di reato (ad es. traffico di influenze illecite), una loro migliore tipizzazione (concussione/induzione indebita) –, ha previsto anche l'istituzione di un'Autorità (governativa) indipendente (nel nostro Paese l'A.N.A.C.) con funzioni di indirizzo, controllo, gestione, prevenzione – ma anche repressione

(attraverso poteri sanzionatori) – dei rischi connessi a fenomeni corruttivi.

Pertanto, le condotte illecite devono essere distinte sul piano sanzionatorio (responsabilità civile, penale, disciplinare, contabile, amministrativa), sebbene possano essere "punite" su più fronti.

Ecco che, nel nostro Paese, è diventato di fondamentale importanza puntare sulla prevenzione

Ma, qual è il primo problema dell'anticorruzione?

Sicuramente quello della sua "percezione"

«***più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno***» **(così Giovanni Tartaglia Polcini, Il paradosso di Trocadero)**

L'ANAC di Busia: https://youtu.be/6taxXtd4gDg

Ranking: https://youtu.be/KxrDo3jcx9o

Quali sono, dunque, gli strumenti per attuare la prevenzione?

Altre iniziative

- **individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;**
- **previsione dell'adozione di un Codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative;**
- **regolazione di procedure per l'aggiornamento;**
- **previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;**

- **regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante;**
- **introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;**
- **la formazione, che riveste un'importanza cruciale nell'ambito della prevenzione della corruzione: l'attività amministrativa è svolta da soggetti consapevoli (la discrezionalità è esercitata sulla base di valutazioni**

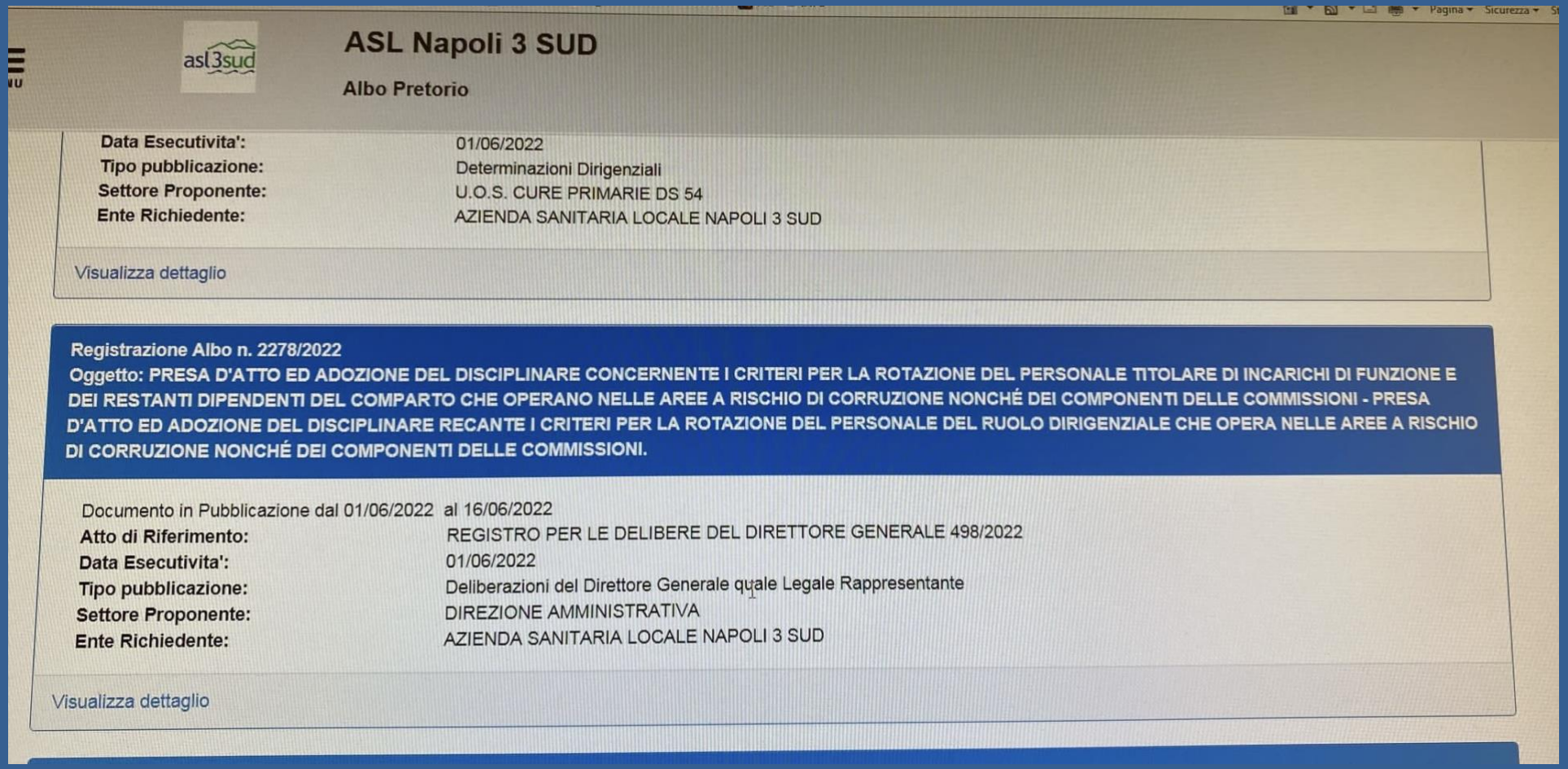
fondate sulla conoscenza e le decisioni sono assunte "con cognizione di causa"); ciò comporta la riduzione del rischio che l'azione illecita sia compiuta inconsapevolmente;

- **la conoscenza e la condivisione degli strumenti di prevenzione (politiche, programmi, misure) da parte dei diversi soggetti che a vario titolo operano nell'ambito del processo di prevenzione;**
- **la creazione di una base omogenea minima di conoscenza, che rappresenta l'indispensabile presupposto per programmare la rotazione del personale;**

- **la creazione della competenza specifica necessaria per il dipendente per svolgere la nuova funzione da esercitare a seguito della rotazione;**
- **la creazione di competenza specifica per lo svolgimento dell'attività nelle aree a più elevato rischio di corruzione;**

In conseguenza di ciò, ogni ente della P.A. dovrebbe dotarsi di disciplinari interni che tengano conto delle indicazioni fornite dall'Anac.

<u>Ecco un esempio:</u>



ASL Napoli 3 SUD

Albo Pretorio

Data Esecutivita':	01/06/2022
Tipo pubblicazione:	Determinazioni Dirigenziali
Settore Proponente:	U.O.S. CURE PRIMARIE DS 54
Ente Richiedente:	AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD

Visualizza dettaglio

Registrazione Albo n. 2278/2022

Oggetto: PRESA D'ATTO ED ADOZIONE DEL DISCIPLINARE CONCERNENTE I CRITERI PER LA ROTAZIONE DEL PERSONALE TITOLARE DI INCARICHI DI FUNZIONE E DEI RESTANTI DIPENDENTI DEL COMPARTO CHE OPERANO NELLE AREE A RISCHIO DI CORRUZIONE NONCHÉ DEI COMPONENTI DELLE COMMISSIONI - PRESA D'ATTO ED ADOZIONE DEL DISCIPLINARE RECANTE I CRITERI PER LA ROTAZIONE DEL PERSONALE DEL RUOLO DIRIGENZIALE CHE OPERA NELLE AREE A RISCHIO DI CORRUZIONE NONCHÉ DEI COMPONENTI DELLE COMMISSIONI.

Documento in Pubblicazione dal 01/06/2022 al 16/06/2022

Atto di Riferimento:	REGISTRO PER LE DELIBERE DEL DIRETTORE GENERALE 498/2022
Data Esecutivita':	01/06/2022
Tipo pubblicazione:	Deliberazioni del Direttore Generale quale Legale Rappresentante
Settore Proponente:	DIREZIONE AMMINISTRATIVA
Ente Richiedente:	AZIENDA SANITARIA LOCALE NAPOLI 3 SUD

Visualizza dettaglio

Inoltre, per una corretta prevenzione, si deve:

- **incentivare ed incoraggiare la diffusione degli orientamenti giurisprudenziali sui vari aspetti dell'esercizio della funzione amministrativa, indispensabili per orientare il percorso degli uffici;**
- **evitare l'insorgere di prassi contrarie alla corretta interpretazione della norma di volta in volta applicabile.**

(esempio bilanciamento *privacy*/trasparenza)

Piano Nazionale Anticorruzione

Gli obiettivi del PNA 2022-2024

Rafforzare l'integrità pubblica e la programmazione di efficaci presidi di prevenzione della corruzione per evitare che i risultati attesi con l'attuazione del Pnrr siano vanificati da episodi di corruzione senza per questo incidere sullo sforzo di semplificazione e velocizzazione delle procedure amministrative. Il Piano, in consultazione sul sito dell'Autorità fino al 15 settembre 2022, è stato elaborato come uno strumento di supporto alle amministrazioni pubbliche per affrontare le sfide

connesse alla realizzazione degli impegni assunti dall'Italia con il Pnrr e all'attuazione della riforma introdotta dal decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 che ha previsto il Piano integrato di attività e organizzazione (Piao) di cui la pianificazione della prevenzione della corruzione e della trasparenza è parte integrante. Eventuali modifiche del Pna potranno essere effettuate per adeguarne i contenuti una volta adottati il Dpr e il Dm previsti dalla citata normativa.

Supporto ai Responsabili anticorruzione

Il Pna è articolato in due Parti: quella generale rappresenta un supporto ai Responsabili per la prevenzione della corruzione e la trasparenza (Rpct) e contiene indicazioni per la predisposizione della sezione del Piao relativa alla prevenzione della corruzione e della trasparenza. L'Anac indica su quali processi e attività è prioritario concentrarsi nell'individuare misure di prevenzione della corruzione; fornisce indicazioni per realizzare un buon monitoraggio e semplificazioni per gli enti con meno di 50 dipendenti (la principale è la previsione, salvo casi eccezionali, di un'unica

programmazione per il triennio). Occorrono, si legge nel Pna, poche e chiare misure di prevenzione, ben programmate e coordinate fra loro ma soprattutto attuate effettivamente e verificate nei risultati.

Pantouflage

Il divieto di *pantouflage* o di *revolving doors* nell'ordinamento giuridico italiano è individuato nell'art. 53, comma 16-ter, del "Testo Unico del Pubblico Impiego" ad opera della legge n. 190 del 2012:

i pubblici dipendenti che, nel corso degli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di una delle pubbliche amministrazioni di cui al medesimo D.Lgs. 165/01 (art. 1, c. 2) non possono, per i tre anni successivi al termine del rapporto di lavoro pubblico, prestare attività lavorativa o professionale per quei soggetti privati destinatari dei medesimi poteri esercitati per conto dell'amministrazione **(primo periodo);**

La parte generale del nuovo PNA contiene anche un approfondimento dedicato al divieto di pantouflage:

l'Autorità nella propria attività di vigilanza ha rilevato che tale istituto comporta problemi per chi deve attuarlo anche a causa delle norme laconiche. Per questo Anac offre chiarimenti e soluzioni operative da inserire nei Piani, fermo restando che, per quanto riguarda l'attività di vigilanza e sanzionatoria dell'Autorità, ci sarà uno specifico regolamento.

Il Pnrr e i contratti pubblici

La parte speciale è dedicata ai contratti pubblici, ambito in cui non solo l'Autorità riveste un ruolo di primario rilievo ma a cui lo stesso Pnrr dedica cruciali riforme.

Nell'ambito di questa legislazione "speciale", secondo Anac complessa e non sempre chiara, il Pna offre alle stazioni appaltanti un aiuto nell'individuazione di misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza agili e utili ad evitare che l'urgenza degli interventi faciliti esperienze di cattiva amministrazione e corruzione.

I commissari straordinari per le grandi opere

La parte speciale contiene anche un approfondimento sulle gestioni commissariali cui è affidata la realizzazione delle grandi opere previste nel Pnrr. La possibilità dei Commissari di operare in deroga alla normativa di settore

e l’attribuzione di fondi pubblici cospicui, secondo Anac, può amplificare il rischio corruzione. Per presidiare l’attività dei Commissari quindi fondamentale è l’individuazione di un soggetto che ricopra il ruolo di Rpct che, a differenza di quanto previsto dall’aggiornamento 2017 al Pna, oggi secondo l’Autorità non può essere lo stesso commissario: ciò darebbe luogo ad un forte accentramento di funzioni in capo a uno stesso soggetto, compromettendo l’autonomia e l’indipendenza del Responsabile con il rischio che si crei una situazione di conflitto di interessi.

L’Autorità suggerisce nel Pna due opzioni: che nelle gestioni commissariali il Rpct sia nominato dal Commissario straordinario nella figura di un alto dirigente della struttura commissariale. Se non è possibile la prima opzione, previa adeguata motivazione, l’incarico di Rpct può essere svolto dallo stesso Commissario straordinario, nominato dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. In questo caso, però, l’adozione del Piano Anticorruzione spetterebbe al Ministro delle Infrastrutture, proprio in quanto vertice dell’organo di indirizzo.

Conclusioni

Sia nella parte generale del Pna che in quella speciale l'Autorità si è posta nella logica di fornire un supporto alle amministrazioni, agli Rpct e a tutti coloro, organi di indirizzo compresi, che sono protagonisti delle strategie di prevenzione. Da qui anche la predisposizione di undici specifici allegati che vanno intesi come strumenti di ausilio per le amministrazioni.

- Uno degli obiettivi del Piano è, appunto, la **responsabilizzazione** del personale, attraverso l'informazione, la formazione e la sensibilizzazione dei propri

dipendenti rispetto al tema della corruzione, nonché mediante il recupero e la **codificazione dell'etica** (come, del resto, sta avvenendo anche in altri settori)

A parte le **Fonti costituzionali** (**Artt. 28, 54, 97 –** *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il* ***buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*** –, **98**), la nuova disciplina dei **codici di comportamento**, contenuta nell'art. 54 del testo unico sul pubblico impiego del 2001, presenta varie novità:

1• la forma del Codice, emanato con atto del Governo e non più di un singolo ministro

2• il Codice non deve essere più soltanto consegnato al dipendente all'atto dell'assunzione, essendo anche previsto che egli lo sottoscriva.

3• la legge indica i fini e il contenuto minimo del Codice

4• i codici di comportamento delle singole amministrazioni: prima era una possibilità, ora è una necessità, in quanto ciascuna amministrazione è tenuta a definirlo, con procedura partecipata e previo parere dell'organismo indipendente di valutazione.

Il conflitto di interesse

L'art. 1, comma 41, della l. n. 190 ha introdotto l'art. 6-*bis* nella l. n. 241 del 1990, rubricato "Conflitto di interessi".

La disposizione stabilisce che "**il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale**"

La norma contiene due prescrizioni:

- è stabilito un **obbligo di astensione** per il responsabile del procedimento, il titolare dell'ufficio competente ad adottare il provvedimento finale ed i titolari degli uffici competenti ad adottare atti endoprocedimentali nel caso di conflitto di interesse anche solo potenziale
- è previsto un **dovere di segnalazione** a carico dei medesimi soggetti.

Con una chiara presa di posizione che marca la differenza rispetto al passato, la l. n. 190 chiarisce che la violazione delle regole del Codice generale approvato con D.P.R. e dei Codici

adottati da ciascuna amministrazione dà luogo a **responsabilità disciplinare**.

Quindi, un **effettivo meccanismo sanzionatorio per la violazione dei doveri di comportamento**, in quanto le norme contenute nei Codici di comportamento fanno parte a pieno titolo del "codice disciplinare".

Il problema è quello di comprendere quali siano in concreto i rapporti e le relazioni che generano **situazioni di conflitto di interesse**.

Essi, in realtà, sono specificati proprio nel d.P.R. n. 62/2013 (Nuovo Codice Etico dei Pubblici Dipendenti) in linea con le

raccomandazioni OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) in materia di integrità ed etica pubblica.

La norma è "figlia" della legge anticorruzione, nel senso che **gli obblighi ed i doveri comportamentali che l'attuale codice contempla sono prevalentemente orientati a prevenire anch'essi rischi corruttivi nelle PP.AA., migliorando il tasso di trasparenza, integrità e correttezza deontologica degli operatori pubblici**.

- Art 7 d.P.R. 62/2013: elenca una serie di fattispecie concrete che esemplificano il concetto elastico di conflitto di

interesse ("**rapporti familiari e parentali**", "**ipotesi di abituale frequentazione**", "**di grave inimicizia**", "**di significativo rapporto di debito o credito**", "**di gravi ragioni di convenienza**")[1]

Cosa dice, al riguardo, il codice di procedura penale in merito alle situazioni di incompatibilità del giudice penale, massima espressione dell'imparzialità dell'operato della P.A.

Art. 35.

---

[1] La "convenienza" deve intendersi come la presenza di una o più circostanze o condizioni appropriate o favorevoli al concretarsi di un'azione, che, a differenza dell'opportunità, si contraddistingue per l'ulteriore necessità di un **bilanciamento degli interessi** in senso di "**adeguatezza**".

Incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio.

1. Nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.

Art. 36.

Astensione.

1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;

b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;

c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;

d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;

e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata;

f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero;

g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario;

h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza.

2. I motivi di astensione indicati nel comma 1 lettera b) seconda ipotesi e lettera e) o derivanti da incompatibilità per ragioni di coniugio o affinità, sussistono anche dopo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

3. La dichiarazione di astensione è presentata al presidente della corte o del tribunale, che decide con decreto senza formalità di procedura.

4. Sulla dichiarazione di astensione del presidente del tribunale decide il presidente della corte di appello; su quella del presidente della corte di appello decide il presidente della corte di cassazione.

Art. 37.

Ricusazione.

1. Il giudice può essere ricusato dalle parti:

a) nei casi previsti dall'articolo 36 comma 1 lettere a), b), c), d), e), f), g);

b) se nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione.

Un esempio di conflitto d'interessi: il caso MARRA, condannato a 3 anni e sei mesi (13 dicembre 2018)

Il Tribunale di Roma ha condannato a 3 anni e 6 mesi Raffaele Marra, ex capo del personale del Comune di Roma, nell'ambito del processo che lo vedeva accusato di corruzione. Lo ha deciso la II sezione penale.

Nel procedimento era coinvolto anche il costruttore Sergio Scarpellini morto il 20 novembre scorso. Secondo l'accusa, Scarpellini avrebbe dato nel 2013 quasi 370 mila euro a Marra, all'epoca direttore dell'uffici politiche abitative. I giudici hanno dichiarato estinto il rapporto con la pubblica

amministrazione e la confisca dell'appartamento in zona Prati Fiscali al centro della vicenda. I giudici hanno disposto anche un risarcimento di 100 mila euro in favore di Roma Capitale.

Delibera ANAC n. 1305 del 21 dicembre 2016

Concernente la violazione del d.P.R. n. 62/2013 e del codice di comportamento dei dipendenti di Roma Capitale, da parte del dott. Raffaele Marra, direttore del dipartimento organizzazione e risorse umane di Roma Capitale, con particolare riferimento al procedimento di nomina del fratello, dott. Renato Marra, quale dirigente della direzione turismo di Roma Capitale. Fascicolo/UVMAC 4883/2016

Fatto

Con nota acquisita al protocollo generale n. 0168867 del 15 novembre 2016, è stata segnalata a quest'Autorità, da parte della DIRER-DIRL, **la sussistenza della violazione del d.P.R. n. 62/2013**, nonché del codice di comportamento dei dipendenti di Roma Capitale, da parte del dott. Raffaele Marra, direttore del dipartimento organizzazione e risorse umane di Roma Capitale, in quanto nel procedimento di nomina del fratello, dott. Renato Marra, a capo della direzione turismo di Roma Capitale, **avrebbe violato l'obbligo di astensione previsto dall'art. 7 del citato d.P.R. n.**

62/2013 e dall'art. 10 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici di Roma Capitale.

In particolare, si evidenzia che, con comunicazione del 19 ottobre 2016 prot. n. 66646 a firma del dott. Raffaele Marra, è stata avviata una procedura di interpello finalizzata all'affidamento degli incarichi dirigenziali delle strutture amministrative di Roma Capitale. Con ordinanza sindacale n. 95/2016, sottoscritta dalla Sindaca di Roma nonché dal dott. Marra, in qualità di titolare dell'ufficio organizzazione e risorse umane di Roma Capitale, sono stati assegnati gli incarichi dirigenziali. All'esito della suddetta procedura, il

dott. Renato Marra, fratello del dott. Raffaele Marra, è risultato **assegnatario dell'incarico di direttore della direzione turismo**.

[…]

Limiti dell'accertamento dell'Autorità

In via preliminare, si sottolinea che non rientra tra i compiti di quest'Autorità accertare la legittimità delle norme dello Statuto e del regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi di Roma Capitale sotto il profilo della netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie che costituisce una condizione necessaria

per garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). **Né, tanto meno, può essere sindacata da quest'Autorità l'eventuale carenza di motivazione sottesa alle ordinanze di conferimento degli incarichi dirigenziali, all'esito della procedura di interpello ovvero la carenza di una vera e propria istruttoria degli organi e degli uffici dell'amministrazione capitolina**.

L'azione di quest'Autorità si è limitata a valutare l'esistenza di un obbligo di astensione a carico del dott. Raffaele Marra,

trovandosi questi in posizione di potenziale conflitto di interessi in relazione alla nomina di suo fratello Renato.

[…]

Non spetta a questa Autorità valutare quali fossero, in concreto, i rapporti tra la Sindaca e il dott. Marra, in particolare quale fosse la capacità di quest'ultimo di influenzare sostanzialmente le decisioni dell'organo politico. […]

Tuttavia, prosegue l'ANAC:

Il d.p.R. n. 62/2013 prevede, infatti, che l'organo che viene a conoscenza, attraverso la dichiarazione o in altro modo, della

situazione di conflitto di interessi, **disponga ogni misura volta ad evitare ogni partecipazione del funzionario a procedimenti nei quali egli possa trovarsi in una tale situazione**.[…]

Conclusioni

Alla luce dei fatti esposti e dell'interpretazione data, da parte di quest'Autorità, alla nozione di "partecipazione" all'adozione di atti da parte di funzionari in posizione di conflitto di interessi **si deve ritenere che vi sia stata una partecipazione all'adozione dell'atto di nomina del dott. Renato Marra da parte del fratello Raffaele**.

La partecipazione è avvenuta in presenza di conflitto di interessi, atteso lo stretto legame di parentela intercorrente tra il dott. Raffaele Marra e il destinatario del provvedimento di nomina (il fratello, dott. Renato Marra).

Tutto ciò premesso e considerato,

DELIBERA

che i fatti segnalati configurano una violazione dell'art. 6 bis della legge n. 241/1990, dell'art.7 del d.P.R. n. 62/2013 e dell'art.10 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici di Roma Capitale. Conseguentemente, la violazione dell'obbligo di astensione previsto dalle citate norme integra

un comportamento contrario ai doveri d'ufficio ed è fonte di responsabilità disciplinare (art. 16 del d.P.R. n. 62/2013);

di trasmettere gli atti alla struttura competente del Comune di Roma Capitale affinché accerti la responsabilità disciplinare del dott. Raffaele Marra, riferendo gli esiti di tale accertamento a quest'Autorità;

di trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma e alla Procura regionale della Corte dei Conti del Lazio, per gli aspetti di competenza.

di trasmettere gli atti al RPCT perché **valuti se la procedura di interpello posta in essere sia stata conforme ai principi**

di buon andamento ed imparzialità che devono connotare l'agire della pubblica amministrazione e se non sia necessario adottare, a partire dal PTPC 2017-2019, adeguate misure di prevenzione.

Simulazione – Esercitazione in Aula

Conflitto di interessi: la rilevanza del conflitto "potenziale"

Tizio, già dipendente presso lo studio professionale Alfa quale consulente giuridico esterno, a seguito di superamento di prova concorsuale, viene assunto (a tempo indeterminato, ma con contratto di lavoro part-time) dall'Ente della P.A. Beta, con funzioni di collaboratore amministrativo assegnato all'Ufficio Affari generali e contenzioso. Premessa la non sussistenza di cause di incompatibilità tra i due impieghi, il RPC del predetto Ente, considerata l'assidua – e già

preesistente – collaborazione tra l'Ente Beta e lo studio professionale Alfa di cui cura alcune pratiche legali, rileva un potenziale conflitto di interessi di Tizio, stante anche la sua collocazione in un ufficio nell'Ente della P.A. dove, in astratto, potrebbe venire a contatto con corrispondenza e/o comunque con atti legati a diversi procedimenti amministrativi dell'Ente.

Valutata la normativa di riferimento, sussiste o meno una eventuale responsabilità in capo a Tizio (ed, eventualmente, di che natura) per la mancata segnalazione del conflitto di interessi potenziale?

Proposta di soluzione:

Premesse

- l’amministrazione deve garantire il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità dell’azione amministrativa (Art. 97 della Costituzione);

- il dipendente, all’atto dell’assegnazione all’ufficio, ai sensi dell’articolo 6 “Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d’interesse” del D.P.R. n. 62/2013:

a) informa per iscritto il dirigente dell’ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni (comma 1);

b) si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale (comma 2 ed art. 7);

ai sensi dell'articolo 6 – bis Legge 241/1990 ss.mm.ii.

- Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Il dipendente pubblico segnala ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

- D.P.R. n. 62/2013 Codici di condotta

Art. 1 “Disposizioni di carattere generale”;

Art. 2 “Ambito di applicazione” -Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal codice;

Art. 16 “Responsabilità conseguente alla violazione dei doveri del codice”

La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio ed è fonte di responsabilità disciplinare, accertata all’esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni (comma 1).

@@@@

Caso di studio

Va evidenziato che il Codice di comportamento, a cui i dipendenti pubblici devono attenersi nell’assolvimento delle

proprie funzioni con disciplina e onore nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, dispone, tra gli altri principi, che il dipendente debba rispettare altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità, ragionevolezza e indipendenza, astenendosi in caso di conflitti di interessi, anche solo se potenziale.

Tizio nella posizione di conflitto potenziale e, quindi, non ancora attuale, può, in un momento successivo, trovarsi in un conflitto che lede l'interesse dell'amministrazione nei cui riguardi ha precisi doveri e responsabilità.

Tizio ha, quindi, l'obbligo di segnalare la situazione di conflitto anche potenziale al proprio responsabile di struttura specificando le motivazioni, per il quale sussiste l'obbligo di astensione. Ciò trova ulteriore dettaglio nelle disposizioni del Codice di comportamento nazionale, D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, all'art. 7.

Il dirigente dovrà a sua volta esaminare e valutare *ex ante* se la situazione segnalata realizza un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo, e impartisce disposizioni al fine di prevenire il conflitto; mentre

se il dirigente non ravvisasse alcun pericolo conflittuale ne dispone la continuità amministrativa.

Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza non ha alcun compito specifico nell'ambito della procedura di verifica di eventuali situazioni di conflitto di interesse che possano interessare dipendenti sempre che il Codice di comportamento interno dell'Ente non preveda diversamente.

La violazione che si realizza con il compimento di un atto illegittimo, è anche fonte di illegittimità del procedimento e del provvedimento conclusivo dello stesso. Stante la

responsabilità amministrativa e disciplinare del dipendente, l'atto amministrativo adottato in violazione della norma produce l'illegittimità dello stesso. Il beneficiario/destinatario dell'atto potrà adire il giudice amministrativo chiedendone l'annullamento.

Repressione e responsabilità penale

Dei delitti contro la P.A.

Libro II – titolo II del Codice Penale

Capo I “Dei delitti dei Pubblici Ufficiali contro la P.A.”

(dall’art. 314 c.p. all’art. 335 c.p.)

(di competenza del Tribunale in composizione collegiale)

Capo II “Dei delitti dei Privati contro la P.A.”

(dall’art. 336 c.p. all’art. 356 c.p.)

(di competenza del Tribunale in composizione monocratica)

Per quel che interessa la presente indagine, dal punto di vista sostanziale e procedurale, le leggi che hanno impattato sulla normativa anticorruzione sono 3:

- Legge 190/2012
- Legge 69/2015
- Legge 3/2019
- Legge 120/2020 (che ha modificato l'art. 323 c.p.)

Gli elementi costitutivi del reato nel sistema penale interno

Teoria tripartita

Fatto tipico

costituito da condotta, nesso di causalità ed evento

Colpevolezza

elemento soggettivo: dolo, colpa o preterintenzione [anche se nel nostro sistema esistono ancora ipotesi in cui la colpevolezza è posta “altrimenti” a carico dell’agente: la cd.

responsabilità oggettiva (es. del direttore di periodico in caso di diffamazione a mezzo stampa)]

Antigiuridicità

Assenza di cause di giustificazione

Il Reato è….

Di danno e di pericolo

Distinzione generale dei reati: reati di danno e reati di pericolo

- REATI DI DANNO: puniscono per un evento dannoso, lesivo.

- REATI DI PERICOLO: intervengono prima, segnando un'anticipazione della tutela penale: si punisce prima che si

sia verificato un danno, si punisce solo per la semplice messa in pericolo di un certo bene giuridico.

I reati di pericolo segnano dunque questa anticipazione della tutela penale, ritenendosi sufficiente che alcune fattispecie di reato possa integrarsi con la semplice creazione del pericolo per il bene giuridico, senza aspettare che il danno si sia verificato.

Questi reati si distinguono a loro volta in:

- **REATI DI PERICOLO CONCRETO**: il legislatore impone al giudice un accertamento in concreto, in relazione al singolo

caso posto alla sua attenzione, del fatto che il bene giuridico tutelato dalla norma sia stato effettivamente posto in pericolo.

- **REATI DI PERICOLO ASTRATTO**: il legislatore impone al giudice un accertamento diverso, più semplice, perché limitato all'accertamento che la condotta tenuta dall'imputato rientri nella categoria di quelle condotte che normalmente e nella generalità dei casi espongono a pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma. Il giudice in questo caso non deve accertare la pericolosità in concreto di quel singolo accadimento.

- **Comune**:

Allorquando il delitto, per la sua configurabilità, non richiede che il soggetto attivo possegga determinate qualifiche soggettive.

NB: il più delle volte la norma che prevede tali fattispecie si apre con la locuzione “Chiunque”

- **Proprio**:

Quando, ai fini della configurabilità della fattispecie in questione, il soggetto attivo deve ricoprire **una determinata qualifica soggettiva** (es. delitto di peculato, concussione, corruzione etc., che richiedono che il soggetto passivo sia un P. U. o incaricato di Pubblico servizio)

Nozione di Pubblico Ufficiale

- Art. 357 c.p.

"Agli effetti della legge penale, sono P.U. coloro i quali **esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria ed amministrativa**. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norma di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della P.A. o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

Esempio di p.u.

Cassazione penale sez. III, 24/02/2017, n.36784

Il professore universitario che lavori presso un'azienda ospedaliera in regime di intramoenia deve ritenersi pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p. (confermata la condanna di un professore universitario per violenza sessuale aggravata ex art. 61 n. 9 c.p. per aver commesso i fatti con abuso di poteri e violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione da lui rivestita, come medico professore universitario erogante un'attività assistenziale presso un'azienda ospedaliera in base ad una convenzione tra i due enti).

Nozione di incaricato di pubblico servizio

- Art. 358 c.p.

“Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest’ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”.

Esempio di i.p.s.

Cassazione penale sez. VI, 16/10/2018, n.52209

In tema di reati contro la pubblica amministrazione, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il consulente esterno legato all'ente da un contratto di diritto privato, allorché svolga un'attività avente rilievo pubblicistico secondo il criterio sostanzialistico e funzionale delineato dagli artt. 357 e 358 c. p. (Fattispecie in cui la Corte ha affermato la qualifica di incaricato di pubblico servizio del consulente regionale per l'impiantistica sportiva nominato dal CONI, trattandosi di soggetto chiamato a rendere un parere endoprocedimentale che, pur non vincolante, costituiva presupposto necessario per l'ammissione a finanziamento dei progetti di ristrutturazione o costruzione di impianti sportivi regionali).

Alcune ipotesi di reati contro la P.A.:

Art. 314 c.p.

Peculato

- Soggetto attivo: pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio (def. di cui all'art. 357 e 358 c.p.)
- Oggetto materiale: denaro o altra cosa mobile altrui, posseduta o comunque nella disponibilità del soggetto attivo per ragione d'ufficio o servizio (titolo del possesso anche occasionale connesso con l'ufficio ricoperto dal soggetto)

- Condotta incriminata: appropriarsi (comportarsi nei confronti della cosa *uti dominus*)
- Elemento soggettivo: dolo generico (coscienza e volontà dell'appropriazione)
- Consumazione: quando il soggetto inizia a comportarsi nei confronti della cosa come se fosse il proprietario

Nota sul peculato d'uso:

si ha quando il soggetto attivo del reato si appropria della cosa solo per utilizzarla momentaneamente e dopo tale uso immediatamente la restituisce

Oggetto materiale: solo beni mobili di specie (ossia, beni mobili individuati) mentre, se fossero denaro o cose generiche – ad es. beni di cancelleria – si configurerebbe la fattispecie di cui al comma 1: così Cass. pen., 19.04.1995, n. 4195

Il peculato d'uso viene qualificato unanimemente come **figura di reato autonoma**, e non come semplice circostanza attenuante, per esso è necessario il **dolo specifico**, ovvero la volontà di fare uso momentaneo della cosa.

Non è configurabile il reato di peculato nell'**uso episodico ed occasionale** di un'autovettura di servizio, quando la condotta abusiva **non abbia leso la funzionalità** della pubblica

amministrazione e non abbia causato **un danno patrimoniale apprezzabile**: così Cass. pen., 05.09.2019, n. 37186.

In altri termini: in tema di peculato, la minima entità del danno patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione non esclude la configurabilità del reato, poiché l'atto appropriativo integra di per sé la condotta tipica, mentre, nel caso di peculato d'uso, la destinazione solo momentanea del bene a finalità diverse da quelle pubblicistiche richiede anche l'idoneità della condotta a determinare una apprezzabile lesione patrimoniale (così Cass. pen., 29.05.2019, n. 23824).

Giurisprudenza

In tema di oggetto materiale del reato, rientrano nella categoria di beni mobili oggetto di possibile appropriazione da parte del Pubblico Ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio anche i c.d. beni immateriali tutte le volte in cui gli stessi abbiano un diretto en intrinseco valore economicamente apprezzabile (nella specie l'imputato si era appropriato delle **banche dati** create da una società nel corso del rapporto concessorio intercorso con un Comune. Cass. Pen., 9 maggio 2018, n. 33031).

Il reato di peculato tutela sia l'interesse al buon andamento della pubblica amministrazione sia l'interesse all'integrità patrimoniale dell'Ente pubblico; pertanto va esclusa la sussistenza del reato laddove l'uso momentaneo della cosa non abbia leso in modo apprezzabile i suddetti interessi (nella specie la Corte ha confermato la configurabilità della fattispecie delittuosa relativamente all'uso di un auto di servizio, atteso che era stato accertato l'uso apprezzabile per un periodo di tempo non trascurabile e la sottrazione della vettura alle esigenze dell'ente. Cass. Pen., 26 settembre 2012, n. 40108).

In tema di reati contro la pubblica amministrazione, riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio l'amministratore di una società per azioni a prevalente capitale pubblico, incaricata della gestione dei servizi pubblici municipali o provinciali in materia di rifiuti e di reflui fognari, in considerazione della connotazione prevalentemente pubblicistica dell'attività svolta (Fattispecie in cui è stato ritenuto il reato di peculato in capo ai legali rappresentanti di una società concessionaria del servizio di rifiuti, in relazione ai disposti pagamenti di fatture relative ad operazioni oggettivamente inesistenti in favore di società del medesimo

gruppo, subaffidatarie di servizi di fornitura e smaltimento. Corte Cost., sez. VI, 27 novembre 2019, n. 1826).

Il dipendente di Trenitalia che lavora allo sportello della biglietteria, il quale si appropri dei soldi ricevuti per l'acquisto dei titoli di viaggio, non è perseguibile per il reato di peculato, in quanto non è un incaricato di pubblico servizio. L'assenza della qualifica soggettiva pubblicistica determina la configurabilità in tale ipotesi del reato meno grave di appropriazione indebita, perseguibile a querela. (Fattispecie in cui la Suprema Corte, accogliendo il ricorso del bigliettaio ha ritenuto che le mansioni da esso rivestite, ovvero il

compimento di operazioni quasi interamente meccanizzate al pari di quelle self service svolte dagli utenti alle macchinette erogatrici dei biglietti, siano meramente esecutive e prive di qualsiasi discrezionalità e autonomia decisionale. Cass., pen., sez. VI, 11 luglio 2018, n. 45465).

In tema di peculato, il possesso qualificato della ragione dell'ufficio o del servizio non è solo quello che rientra nella competenza funzionale specifica del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ma anche quello che si basa su un rapporto che consenta al soggetto di inserirsi di fatto nel maneggio o nella disponibilità della cosa o del denaro

altrui, rinvenendo nella pubblica funzione o nel servizio anche la sola occasione per un tale comportamento (Cass. Pen., 19 maggio 2016, n. 33254).

Ai fini della configurabilità del delitto di peculato, è sufficiente che il possesso o la disponibilità del denaro o della cosa mobile si siano verificati per ragioni di ufficio o di servizio, essendo irrilevante, a norma dell'art. 360 c.p., che l'appropriazione sia avvenuta in un momento in cui la qualifica di pubblico agente sia cessata, laddove la condotta appropriativa sia funzionalmente connessa all'ufficio o al servizio precedentemente esercitati (fattispecie in cui la Corte

ha confermato la condanna inflitta al sindaco di un comune il quale, dopo la cessazione del mandato, aveva omesso di restituire e continuato ad utilizzare due schede telefoniche, con addebito del relativo traffico a carico dell'Ente pubblico. Cass., pen., sez. VI, 11 settembre 2019).

In tema di peculato la nozione di possesso di denaro deve intendersi come comprensiva non solo della detenzione materiale, ma anche della disponibilità giuridica, con la conseguenza che l'appropriazione di esso può avvenire anche attraverso il compimento di un atto di carattere dispositivo (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il delitto

di peculato nell'atto di ricognizione posto in essere dall'amministrazione di una società di gestione di un pubblico servizio di un falso debito pecuniario (Cass. Pen., 16 ottobre 2013, n. 45908).

Il concetto di appropriazione per distrazione è ancora idoneo ad integrare il peculato, atteso l'eliminazione della parola "distrazione" dal testo dell'art. 314 c.p. operata dalla legge n. 86/1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte distrattive poste in essere dall'agente pubblico nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio. Qualora, infatti, mediante la distrazione del denaro

o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, viene comunque integrato il delitto di peculato. La condotta distrattiva, invece, può rilevare come abuso d'ufficio nei casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla P.A. (Cass., pen., 23 gennaio 2018, n. 19484).

Simulazione – Esercitazione in aula

Tizio, funzionario presso il Dipartimento di Lettere e Filosofia, ha in dotazione in ragione del suo ufficio, un telefono cellulare che utilizza per le chiamate di lavoro, ricorrendo, invece, al cellulare privato per le telefonate personali. Un giorno, verso le 11 del mattino, durante una pausa caffè al bar del Rettorato, Tizio riceve sul cellulare personale la chiamata di Mevio, un suo caro amico. La telefonata, tuttavia, si interrompe perché la batteria del cellulare di Tizio si esaurisce. Questi, dopo aver riacceso il telefono e recuperato il numero di Mevio, non avendo batteria sufficiente decide di

richiamarlo con il cellulare d'ufficio. Mentre Tizio termina la chiamata si accorge di essere stato visto ed udito da Sempronio – un altro funzionario del suo ufficio –, con il quale il giorno prima aveva avuto un'accesa discussione. Il pomeriggio stesso, Tizio, allarmato dal fatto che Sempronio, anche in ragione dell'astio che lo animava, possa segnalare l'accaduto, si reca dal suo legale al fine di comprendere le conseguenze del suo comportamento.

Alla luce delle nozioni teoriche fornite, è configurabile nel caso di specie il reato di peculato ai sensi dell'art. 314, comma 1 o comma 2?

Nel caso di specie, Sempronio potrebbe essere qualificato come Whistleblower? La condotta tenuta da Tizio rientra, secondo voi, tra le ipotesi in cui occorre segnalare l'illecito commesso?

Art. 323 c.p. <u>Abuso d'ufficio (versione ante 2020)</u>

1. Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni e del servizio, in violazione di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé od ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito...

2. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

Cassazione penale sez. VI 25 gennaio 2013 n. 21192

- In tema di abuso d'ufficio, la prova dell'intenzionalità del dolo esige il raggiungimento della **certezza che la volontà dell'imputato sia stata orientata proprio a procurare il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto e tale certezza non può essere ricavata esclusivamente dal rilievo di un comportamento non iure osservato dall'agente, ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, che evidenzino la effettiva ratio ispiratrice del comportamento, quali, ad esempio, la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato**

motivazionale su cui riposa il provvedimento ed il tenore dei rapporti personali tra l'agente e il soggetto o i soggetti che dal provvedimento stesso ricevono vantaggio patrimoniale o subiscono danno. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che una condotta di omesso controllo in relazione ad una situazione di illegittimità, pur grave e diffusa, negli atti di un'amministrazione comunale non può equivalere a ritenere dimostrata la presenza del dolo dell'abuso di ufficio).

Cassazione penale, sez. VI, 22 ottobre 2012 n° 41215

L’art. 97 Cost. può costituire parametro di riferimento per il reato di abuso d’ufficio nella parte **in cui esso esprime un carattere immediatamente precettivo**, in relazione all’imparzialità dell’azione del funzionario pubblico, che, nel suo nucleo essenziale, si traduce “nel divieto di favoritismi e, quindi nell’obbligo per l’amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura”.

Perciò nella fattispecie di cui all’art. 323 c.p., il requisito della violazione di norme di legge può essere integrato **anche soltanto dall’inosservanza del principio costituzionale di**

imparzialità della P.A., per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi che impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione. Ovviamente tale principio deve applicarsi anche al caso di vessazione, emarginazione e discriminazione motivata da ritorsione e finalizzata a procurare un ingiusto danno.

Abuso d'ufficio: un esempio pratico

Con la sentenza n. 32174/2020 la Corte di Cassazione ha escluso l'incidenza delle modifiche introdotte nell'art. 323 c.p. al caso di un sindaco che aveva omesso di astenersi dalla

seduta consiliare nella quale doveva essere discussa e decisa la mozione per la costituzione di parte civile del Comune nel processo a suo carico.

Il fatto

Il sindaco di un Comune sardo veniva condannato per il reato di abuso d'ufficio per avere, nella sua qualità, omesso di astenersi dalla seduta consiliare che doveva esaminare la mozione presentata dai consiglieri di minoranza, **diretta a sollecitare la costituzione di parte civile del Comune nel processo nei confronti dello stesso sindaco, per diversi reati in danno di dipendenti del Comune stesso**, nonché

per avere sospeso e sciolto la seduta stessa, cagionando in tal guisa ai medesimi consiglieri e al Comune l'ingiusto danno consistito nell'impedire la discussione e la pronuncia sulla anzidetta mozione.

La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile per avere, la difesa, riproposto questioni già decise nel giudizio di merito con argomentazioni ritenute ineccepibili.

Ha colto l'occasione, tuttavia, per accennare alla modifica normativa dell'art. 323 c.p. introdotta dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 il quale ha modificato le parole "in violazione di norme di legge e di regolamento" con le parole "in violazione di

specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

La Corte ha evidenziato come tale modifica **fosse totalmente ininfluente per la decisione del caso in esame dal momento che la stessa investe solo uno dei due segmenti di condotta che sono considerati rilevanti ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio, vale a dire quella del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, viola regole di condotta previste da fonti**

primarie e che abbiano un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Poiché nel caso all'esame dei giudici di legittimità si verteva nell'ipotesi di abuso d'ufficio riferito alla specifica violazione dell'obbligo di astensione, la modifica normativa risultava totalmente ininfluente permanendo la rilevanza penale della condotta in contestazione anche rispetto alla violazione **dell'art. 78 TUEL** (Gli amministratori di cui all'articolo 77 comma 2, devono astenersi dal prendere parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti

interessi propri o di loro parenti o affini sino al quarto grado… omissis) oltre che del precetto contenuto nella stessa norma penale.

Sotto il profilo soggettivo la Corte ha riconosciuto la sussistenza del dolo intenzionale proprio nella coincidenza tra l'evento in cui si è concretizzato il danno ingiusto, cioè l'avere impedito ai consiglieri di minoranza di esercitare i propri diritti politici di rango costituzionale, della discussione e votazione della mozione da essi proposta, e l'obiettivo diretto della condotta individuato nella finalità di non fare parlare la minoranza su una tematica “sgradita” al sindaco.

Il fondamento della modifica è da rinvenire, in primo luogo, nella necessità di far fronte alla possibile inerzia dei pubblici funzionari (**cd. attività amministrativa difensiva**) fermati dall'assumere decisioni di interesse pubblico per paura di incorrere in violazioni di legge; l'obiettivo, infatti, è stato quello di eliminare dal penalmente rilevante **l'eccesso di potere**, sulla scia già introdotta dalla legge n. 234 del 1997.

Per effetto di detta modifica normativa, **il delitto di abuso di ufficio attualmente è configurabile quando il soggetto agente abbia violato**:

specifiche regole di condotta (non regole di carattere generale);

regole dettate da norma di legge o atti aventi forza di legge (ad esclusione degli atti di normazione secondaria come i regolamenti);

regole che non lascino spazio alla discrezionalità del soggetto).

Discrezionalità-performance

Quindi, a seguito della modifica normativa, **la configurabilità del reato di abuso di ufficio si ha solo nel caso di violazione di specifiche regole di condotta dalle quali non**

residuino margini di discrezionalità, ovvero ai casi in cui la violazione abbia ad oggetto una determinata regola di condotta rispetto alla quale la legge abbia preordinato **l'an, il quomodo, il quid ed il quando dell'azione amministrativa**, nonché ai casi riguardanti **l'inosservanza di una regola di condotta attinente allo svolgimento di un potere che, in astratto è discrezionale ma concretamente diviene vincolato per le scelte effettuate dal pubblico funzionario prima dell'adozione dell'atto o del comportamento dal quale scaturisce il reato**.

I primi interventi giurisprudenziali confermano quanto appena detto e ci aiutano a delimitare i confini del penalmente punibile.

Da ultimo

Cassazione penale sez. VI, 10/06/2022, n.28402

Abuso d'ufficio: non sono più penalmente rilevanti le condotte realizzate con violazione di norme generali non comportanti regole di comportamento specifico

In tema di abuso di ufficio, la modifica introdotta con l'art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, ha ristretto l'ambito applicativo dell'art. 323 c.p., determinando l'"abolitio criminis" delle

condotte, antecedenti all'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, sicché deve escludersi che integri il reato la sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97, comma 3, Cost.

Il caso

Con la sentenza impugnata, la Corte di appello di Napoli ha dichiarato estinto per sopravvenuta prescrizione il delitto di abuso di ufficio (artt. 110 e 323 c.p., capo A) ascritto in concorso a B.L., Sindaco pro tempore del Comune di Castellammare di Stabia e a D.V.F., all'epoca dei fatti investito dell'incarico di Coordinatore Tecnico della Cabina di Regia per il coordinamento e la promozione dell'azione di governo della suddetta città, mentre ha ribadito

l'affermazione di responsabilità di D.V. in ordine al delitto di peculato (capo C), rideterminando la pena inflittagli dal primo giudice nella misura di quattro anni e tre mesi di reclusione, ferme le statuizioni in favore del Comune di Castellammare di Stabia costituitosi parte civile.
In estrema sintesi, le condotte in addebito riguardano, con riferimento allo abuso di ufficio, l'attribuzione da parte di B. a D.V. del predetto ruolo in violazione di plurimi parametri normativi, primari e regolamentari, in tema di conferimento di incarichi esterni all'amministrazione comunale, procurandogli un indebito vantaggio patrimoniale quantificato in complessivi 168.153,96 Euro e quanto al peculato, l'appropriazione da parte di D.V. di somme di denaro complessivamente superiori a 50.000,00 Euro derivanti dal rimborso ottenuto dall'amministrazione comunale di spese estranee all'espletamento dell'incarico

(soggiorni alberghieri, ristorazione, acquisto carburanti, viaggi aerei).

In motivazione

Secondo le sentenze di merito, la condotta in addebito al capo A riguarda la nomina da parte dell'allora Sindaco di Castellammare di Stabia, B.L. del suo amico e mandatario elettorale D.V.F. ad un incarico sostanzialmente di facciata, quello di Coordinatore Tecnico della Cabina di Regia per il coordinamento e la promozione dell'azione di governo della suddetta città, entità organizzativa che in origine prevedeva la nomina di altri soggetti, ma che avrebbe visto come unico componente lo stesso D.V..

La nomina era stata preceduta, secondo l'impostazione accusatoria accolta dalle sentenze, da un iter connotato dalla violazione di diverse previsioni di carattere procedurale (sfruttamento di un percorso procedirnentale avviato ad altri fini, mancata valutazione comparativa di altre figure professionali, omessa verifica di risorse interne all'ente

comunale), al solo fine di consentire a D.V. di giustificare la percezione del compenso a fronte di un'attività materiale concretizzatasi nella presenza sporadica nelle sedi comunali e nella registrazione, mediante un taccuino, delle discussioni prodromiche all'adozione di alcune decisioni da parte dell'amministrazione comunale.

Tutto ciò premesso, non si può non rilevare che, a prescindere dalle plurime contestazioni difensive (secondo motivo di ricorso B. e terzo motivo di ricorso D.V.) in ordine alla precisa enunciazione dei parametri normativi di riferimento ai fini della configurazione del delitto di abuso di ufficio, resta l'ineludibile dato di fatto che per procedere alla nomina del Coordinatore della cabina di regia il Sindaco esercitò la propria discrezionalità, per quanto all'esito di un percorso procedurale artatamente preordinato, al fine di addivenire alla nomina del collaboratore esterno.

Espressamente investita dell'esame di tale profilo, la Corte di appello di Napoli ha negato la portata abrogatrice della novella

del 2020, sostenendo che nella fattispecie è "pacificamente emersa la violazione di principi costituzionali e di natura legislativa nonché la sussistenza del vizio di eccesso di potere per violazione del dovere di astensione", restando "in ogni caso fermo il limite negativo dello sviamento di potere allorché siano perseguiti interessi difformi da quelli pubblici o in presenza dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi".

Ne deriva che nel caso di specie "persiste la violazione contestata alla luce del costante orientamento che individua nel principio costituzionale ex art. 97 Cost. una parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni o procurare ingiusti danni nonché alla luce della violazione delle disposizioni

legislative di cui all'art. 78 TUEL e al D.Lgs. n. 165 del 2000, art. 7 contestate in imputazione" (pag. 40-41 motiv.).
Le predette argomentazioni non sono condivisibili, prestando il fianco a fondate e non superabili critiche.
In primo luogo ed in termini generali, il riferimento all'art. 97 Cost. quale parametro normativo di legalità della condotta del pubblico ufficiale non appare più significativo alla luce della novella del 2020.
Questa ha, infatti, determinato un restringimento dell'ambito di operatività dell'art. 323 c.p., comportando una parziale abolitio crirninis in relazione ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, in quanto realizzati mediante violazione di norme regolamentari (come nella specie secondo la contestazione) o di norme di legge generali ed astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità nell'azione del pubblico ufficiale.

Il caso dell'art. 97 Cost., comma 3, è precisamente quello di una norma avente portata generale ed astratta, che persegue i fini del buon andamento e della imparzialità dell'operato della Pubblica Amministrazione e che deve oggi fare i conti con il rinnovato assetto normativo che ha deliberatamente inteso sottrarre al giudice penale ogni valutazione rifluente sulla discrezionalità dell'azione amministrativa.
La Corte territoriale ha evocato l'esistenza di un limite interno connaturato all'azione amministrativa e rappresentato dallo sviamento di potere, figura sintomatica elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo, consistente nell'uso del potere discrezionale per un fine diverso da quello per cui esso è stato conferito all'amministrazione e in particolare, alla luce dei parametri indicati dall'art. 323 c.p., al fine di compiere favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni o procurare ingiusti danni.

E' d'obbligo, tuttavia, obiettare che tale limite non trova riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 323 c.p. e che in ogni caso l'accertamento della sussistenza degli eventi indicati dalla previsione deve essere necessariamente preceduta dalla verifica della violazione dei parametri normativi di riferimento, tra cui per l'appunto non figurano più le norme regolamentari o le norme di legge generali ed astratte, da cui non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità nell'azione del pubblico ufficiale.

La tesi che qui si confuta si risolve in definitiva in un espediente argomentativo che, per quanto astrattamente condivisibile, diventa funzionale alla vanificazione della portata parzialmente abrogatrice della novella di cui alla L. n. 120 del 2020.

In termini più specifici va, inoltre, rilevato che il capo d'imputazione sub A non contempla alcuna previsione di legge implicante a carico del Sindaco l'obbligo di astenersi nella

situazione considerata della nomina a quel ruolo di collaboratore esterno dell'amministrazione comunale (su tale profilo, v. più diffusamente par. 3) di un soggetto, quale D.V., che aveva svolto l'incarico di suo mandatario elettorale.
Tra le numerose norme primarie e secondarie indicate, il capo d'imputazione prevede, infatti, la violazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 7, comma 6, il quale nulla stabilisce al riguardo, recitando che "Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato

l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, purché con oneri esterni non a carico del bilancio, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei

collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo del D.L. 12 luglio 2004, n. 168, art. 1, comma 9, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'art. 36, comma 3, del presente decreto".

L'imputazione è stata successivamente integrata dal Pubblico Ministero nel corso del giudizio di primo grado (udienza del 1 aprile 2015) mediante inserimento del comma 6-ter dello stesso articolo, che recita che "I regolamenti di cui al testo unico di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 110, comma 6, si adeguano ai principi di cui al comma 6".

La contestazione menziona, inoltre, la violazione dell'art. 78 TUIEL che al comma 1 recita che "il comportamento degli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità degli amministratori di

cui all'art. 77, comma 2, e quelle proprie dei dirigenti delle rispettive amministrazioni".
Non v'e', invece, menzione di alcuna norma di legge primaria impositiva di un obbligo di astensione, tanto che la Corte di appello ha ritenuto di indicarlo come ulteriore limite negativo all'adozione di atti amministrativi conservanti margini di discrezionalità.
E' significativo per quanto qui d'interesse rilevare che, all'esito del giudizio di primo grado, la violazione dell'art. 323 c.p. era stata dal Tribunale collegata - unicamente a quella dell'obbligo di valutazione comparativa delle norme regolamentari applicabili (art. 23 del Reg. Com. n. 120 del 24 settembre 2008) in relazione all'art. 110 TUEL (pag. 19 e 25 sent. Tribunale Castellammare di Stabia del 17 febbraio 2017).
Dalla sentenza impugnata si ricava, invece, che alla violazione dell'obbligo di valutazione comparativa (pag. 37) si è aggiunta quella della mancata verifica dell'assenza di risorse interne all'amministrazione (pag. 36) - che trova, come visto, riscontro

nel D.Lgs. n. 165 del 2011, art. 7, comma 6 - nonché la violazione dell'art. 97 Cost. con gli addentellati argomentativi di cui sopra (v. ancora pag. 36 e 40 sent. impugnata), da cui le proteste difensive di violazione degli artt. 521 e 522 c.p.p., che devono, tuttavia, ritenersi superate dal complesso delle presenti considerazioni.

Ciò conferma il rilievo che nell'impossibilità di ravvisare nella fattispecie considerata un immediato interesse proprio dell'allora Sindaco B. o di un suo prossimo congiunto, occorreva una specifica previsione di legge ("negli altri casi prescritti") a determinare un eventuale suo obbligo di astensione.

E' corretto, infatti, sostenere che in tema di abuso di ufficio, la novella di cui al D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con mod. dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, lì dove ha ristretto l'ambito applicativo del reato, richiedendo l'inosservanza di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, non riguarda l'abuso che si realizza mediante

la violazione dell'obbligo di astensione (Sez. 6, n. 7007 del 08/01/2021, Micheli, Rv. 28115), ma i presupposti di fatto o normativi che fondano l'obbligo sono quelli sopra indicati e non operano come limiti intrinseci al dispiegarsi dell'azione amministrativa.
Conclusivamente la condotta ascritta ai ricorrenti al capo A dell'imputazione non è più prevista dalla legge come reato per effetto della modifica dell'art. 323 c.p. ad opera della L. n. 120 del 2020, da cui la necessità di annullare senza rinvio la sentenza impugnata con riferimento alla dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione e le correlate statuizioni di natura civile adottate ai sensi dell'art. 578 c.p.p..

Esercitazione- Simulazione in Aula

Rinvio al caso Fontana (ordinanza di archiviazione Gip di Milano)

Nota di approfondimento

L'abuso di ufficio nella riforma del 2020

La Corte costituzionale con la sentenza nr.8 del 2022 ha cristallizzato nel sistema normativo penale italiano la fattispecie incriminatrice di abuso d'ufficio ex art.323 c.p. così come da ultimo novellata dall'art.23, co.1, del decreto legge 16 luglio 2020, nr.76, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, nr.120.

La sentenza nr.8 del 2022 dei Giudici di Palazzo della Consulta ha, per il nostro sistema giuridico, un'importanza fondamentale sotto vari profili. Di questo, prima ancora dei giuristi di professione, se n'è resa conto la stampa specialistica che all'indomani del deposito della sentenza ha puntualmente illustrato gli aspetti salienti che dall'indicato pronunciamento sono derivati e deriveranno.

È nota l'evoluzione storico-legislativa del delitto contro la pubblica amministrazione – segnatamente dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – che il nostro Paese ha vissuto. Basti por mente alla circostanza che il legislatore del disegno originario del Codice penale del 1930 – cosiddetto Codice Rocco – descriveva l'abuso d'ufficio con semplicità formulare e in pari tempo estremamente comprensiva.

Veniva, in quella norma, infatti punito il pubblico ufficiale che abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni avesse commesso, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge.

Il proscenio legislativo mutò nel 1990, con la legge nr. 86 del 26 febbraio di quell'anno recante espressamente le modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. mediante l'estromissione dalla fattispecie di peculato della forma distrattiva e la contestuale abrogazione del reato di interesse privato in atti d'ufficio. Difatti la sussidiarietà e la blanda sanzione che connotava l'originaria fattispecie di abuso veniva nella pratica ristretta dalle due figure delittuose indicate connotate anch'esse da contorni labili, invero assai labili, consententi alla magistratura penale incursioni, a volte decisamente penetranti, sulle scelte della pubblica amministrazione.

È altresì noto, sempre sotto il versante della ricostruzione storico-evolutiva, che i risultati della novella del '90 non si rivelarono quelli sperati dal legislatore della medesima. La condotta restava incentrata nei suoi contorni di vaghezza sul concetto dell'abusare dell'ufficio, ciò senza che il requisito dell'ingiustizia

del vantaggio o del danno, oggetto del dolo specifico si rivelasse capace di delimitare con adeguatezza la tipizzazione della fattispecie e dei suoi confini.
A distanza di poco meno di sette anni il legislatore per le ragioni or ora illustrate riscrisse per una seconda volta, nell'età repubblicana, la norma incriminatrice; lo fece per il tramite della novella di cui all'art.1 della legge 16 luglio 1997, nr.234 recante espressamente la modifica dell'art.323 del Codice penale in materia di abuso d'ufficio.
Col decreto legge nr.76 del 16 luglio 2020 il legislatore, complice anche la situazione emergenziale epidemiologica in atto, è dunque intervenuto e nel mezzo dell'estate dell'indicato anno ha ristrutturato la fattispecie qui in parola.
Resta, nel nuovo abuso d'ufficio la clausola di riserva mirante ad eliminare l'operatività della stessa nel concorso apparente rispetto ai reati più gravi – salvo che il fatto non costituisca un più grave reato – a prescindere dal principio di specialità ex art.15 c.p.
Il pubblico agente – pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio – commette il delitto di abuso d'ufficio allorquando nello svolgimento delle funzioni o del servizio in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente si procura o procura ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.
Volgendo lo sguardo alla condotta essa deve essere compiuta nello svolgimento delle funzioni o del servizio non rilevando affatto il compimento di atti in occasione dell'ufficio né tampoco il mero abuso di qualità, intendendosi con tale ultimo sintagma l'agire al di fuori dell'esercizio funzionale o di servizio.
Il riferimento al vantaggio patrimoniale rende operativo il rilievo al complesso dei rapporti giuridici a carattere patrimoniale conseguenti all'atto anti-doveroso dell'agente ed escludendo drasticamente vantaggi di tipo morale o politico.
A fronte di tale univoco indirizzo interpretativo della Consulta i giudici dichiarano espressamente inammissibile la questione inerente ai contenuti sostanziali della modifica che nell'ottica del G.U.P. calabrese avrebbe eccessivamente depotenziato la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione ex artt. 3 e 97 Cost.

La questione di legittimità sollevata dal G.U.P. di Catanzaro aveva in buona sostanza come mira una pronuncia sfavorevole – in danno – all'imputato nel processo penale a quo. Ciò, scrive a chiare lettere la Corte, fuori dei casi in cui ciò è consentito finanche alla Corte costituzionale.
La sentenza pregevole e chiarissima sul punto, rammenta altresì che la salvaguardia dei valori costituzionali non può e non deve esaudirsi nella tutela penale in quanto l'incriminazione costituisce l'estrema ratio cui il legislatore ricorre allorquando, nell'ambito del suo apprezzamento discrezionale, lo ritenga necessario in virtù dell'assenza o dell'inadeguatezza di altri mezzi di tutela.
Nella sentenza nr.8 in rassegna la Corte costituzionale non tralascia di vagliare talune linee di tendenza legislative inerenti alla cosiddetta burocrazia difensiva ed allo stato di tranquillità dei pubblici amministratori.

Il sindacato della Corte sulle opzioni legislative della "burocrazia difensiva" e della "tranquillità dei pubblici amministratori"

I concetti da ultimo rammentati nelle righe precedenti trovano invero un preciso spazio funzionale nella pronuncia del massimo organo giurisdizionale del nostro Paese.
Innanzitutto, allorquando i giudici della Consulta rammentano che la riduzione della sfera applicativa del reato di abuso d'ufficio non nasce soltanto dalla necessità di contrastare la burocrazia cosiddetta difensiva e i suoi guasti frutto della dilatazione operata nella giurisprudenza pratica dell'incriminazione in parola.
È proprio all'indicato fine che il giudice delle leggi ricostruisce storicamente la vicenda politico-parlamentare dell'abuso d'ufficio parallelamente alle applicazioni giurisprudenziali adoperando il concetto di burocrazia difensiva quale origine e scaturigine ultima degli interventi legislativi succedutisi in materia.
Essa deriva e si sostanzia nella dilatazione dell'ambito applicativo del reato di abuso d'ufficio con l'effetto che i pubblici funzionari si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico ritenendo di preferire l'assunzione di altre scelte rilevantesi meno impegnative; non solo, più spesso la burocrazia difensiva si conforma nel restare inerti per il timore di esporsi a possibili conseguenze penali.
Cionondimeno la Consulta nella sentenza in commento ha rilevato che l'opzione di intervento legislativo è il frutto del contesto creatosi a seguito dell'emergenza pandemica che ha afflitto anche il nostro Paese il cui fine è un novellato slancio per l'economia nazionale duramente provata dalle chiusure prolungate per le attività produttive verificatesi durante il lockdown.

Proprio l'indugiare su tali due ultime opzioni – burocrazia difensiva e tranquillità dei pubblici agenti – consente alla Corte costituzionale di fine 2021 inizi 2022 di concludere che la censurata norma non si rivela affatto palesemente estranea all'orizzonte finalistico di cui il decreto legge è portatore. Va da sé che il riferimento dei giudici della Consulta alla burocrazia difensiva e alla tranquillità dei pubblici amministratori assolve in pieno anche sotto il versante sostanziale contenutistico la novella censurata dal giudice remittente ritenendo che anche queste forme di tutela legislativa costituiscano, in buona sostanza, una garanzia per il buon andamento della pubblica amministrazione.
La fattispecie criminosa dell'abuso d'ufficio, assolvendo una funzione di chiusura nel sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. si rivelerebbe essere il punto fondamentale inerente alla problematica tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. Tematica invero alquanto problematica giacché percorsa da una tensione perenne tra istanze di legalità che vorrebbero un controllo totale sull'attività dei pubblici agenti nell'ambito della loro azione amministrativa con conseguente freno alla mala gestione della cosa pubblica e l'esigenza funzionale ad evitare una pervasiva ingerenza del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori in quanto quest'ultima si rivelerebbe lesiva della sfera di autonomia che alle indicate pubbliche figure compete.

Art. 328 c.p.

Rifiuto in atti d'ufficio. Omissione

1. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico o di igiene e sanità deve essere compiuto senza ritardo è punito con la reclusione da 6 mesi a 2 anni.

2. Fuori dai casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che entro 30 giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, non compie l'atto del

suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino ad euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di 30 giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.

- Condotta incriminata: rifiuto di atti qualificati (sono quelli motivati da ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico ecc.).

Il rifiuto deve essere espresso o tacito (configurabile pertanto solo in relazione a quegli atti il cui compimento potrà essere oggetto di richiesta da parte di un soggetto particolare)

oppure

- Omissione di atti qualificati
- Elemento soggettivo: dolo generico

Comma 2

- Soggetto attivo: Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio
- Condotta incriminata: solo omissione di atti non qualificati (tutti gli altri atti amministrativi) a condizione che:

- vi sia una richiesta scritta;

- siano decorsi 30 gg. dalla ricezione della stessa;

- il pubblico funzionario non abbia compiuto l'atto o non abbia esposto le ragioni del ritardo.

Secondo condivisibile giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi – Ufficio GIP/GUP, 28 febbraio 2013, in dejure), in tema di omissione di atti d'ufficio, «il contegno inerte del pubblico ufficiale può acquistare rilevanza penale solo successivamente, e non contestualmente, al decorso del termine dei primi 30 gg. di cui alla legge n. 241/90: è infatti necessario un primo tipo di istanza alla quale è connesso l'avvio del procedimento ed una

seconda istanza di messa in mora con la quale si richiede, per iscritto, ma senza vincoli di particolare formalità, all'amministrazione di provvedere. Occorre inoltre, affinché l'istanza di messa in mora possa considerarsi efficace, che il procedimento amministrativo sia scaduto e che decorra inutilmente l'ulteriore termine di 30 gg. di cui al secondo comma dell'art. 328 (nel caso di specie, l'originaria istanza indirizzata all'imputato, peraltro del tutto inidonea a determinare un valido avvio del procedimento, in quanto priva dei requisiti essenziali, una volta decorso inutilmente il termine di 30 gg. di cui all'art. 2 comma 1 l. 241/1990 non ha fatto seguito un'ulteriore istanza di messa in mora di cui

all’art. 328 comma 2 c.p., non rendendo pertanto configurabile il reato contestato)».

Inoltre, quanto all’elemento soggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «è necessario che il pubblico ufficiale abbia consapevolezza del proprio contegno omissivo, dovendo egli rappresentarsi e volere la realizzazione di un evento “contra ius”, senza che il diniego di adempimento trovi alcuna plausibile giustificazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione» (cfr. Cass., pen., 22 luglio 2015, n. 36674, più di recente Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 2018, n. 43903).

Esercitazione – Simulazione in Aula

Tizio veniva tratto a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 328 c.p. in seguito all'esposto presentato dall'Avv. Caio il 7 gennaio 2021 ed inoltrato a diversi recapiti delle forze dell'ordine nonché all'Ente Gamma cui aveva presentato diverse richieste di accesso agli atti per la tutela degli interessi di suoi assistiti in un contenzioso amministrativo promosso proprio contro l'Ente gamma; nell'esposto, Tizio segnalava plurimi comportamenti assertivamente illeciti tenuti dall'Ente.

A Tizio – nella sua qualità di Dirigente dell'Ufficio Carriere dell'Ente Gamma, nonché responsabile dei procedimenti amministrativi ivi instauratisi – viene contestato di non aver compiuto, nel termine di 30 giorni – senza, altresì, comunicare le ragioni del relativo ritardo – atti del suo ufficio richiesti a seguito delle istanze di accesso agli atti concorsuali di Mevio.

In data 12 ottobre 2020, l'Ufficio riceveva una richiesta di accesso ai documenti amministrativi a firma di Mevio – quale diretto interessato – in cui chiedeva copia degli atti relativi

alla correzione del proprio test di ammissione ad un corso di studi.

Seguiva, in data 30 ottobre 2020, un sollecito a mezzo posta elettronica certificata a firma del padre di Mevio, in nome e per conto del figlio.

In data 26 novembre 2020, l'Ente veniva raggiunto da un atto di significazione e diffida e contestuale istanza di accesso agli atti a firma dell'Avv. Caio, quale difensore di Mevio.

In particolare, si chiedeva l'accesso e l'estrazione di copia dell'intera documentazione concorsuale.

Si precisa che Tizio evadeva solo in parte le richieste (e comunque con forte ritardo), ritenendo di non rilasciare tutto ciò che veniva richiesto, sia perché alcuni atti erano già pubblicati sul sito istituzionale dell'Ente, sia perché alcuni comportavano una valutazione discrezionale che non gli competeva; inoltre, alcuni chiarimenti li aveva resi all'istante anche informalmente a mezzo telefonico.

Ora, premesso che la norma prescrive che la richiesta di chi vi abbia interesse deve essere redatta in forma scritta ed il termine dei trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa, volendo sussumere la fattispecie concreta che ci

occupa in quella astratta delineata dalla norma, si dovrebbe immaginare che Mevio – o chi per esso – abbia avanzato una (ed una soltanto) richiesta di accesso agli atti, abbia consentito all'amministrazione di "valutarla", e l'amministrazione deliberatamente, in persona del responsabile, abbia deciso di non dare tempestivo riscontro alle stesse senza motivare le ragioni del ritardo.

È quanto accaduto nel caso di specie?

È noto che in tema di omissione di atti d'ufficio, il dovere di risposta del pubblico ufficiale presuppone che sia stato avviato un procedimento amministrativo, rimanendo al di

fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla P.A. un'attività che la stessa ritenga ragionevolmente superflua e non doverosa. (cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 79 del 4 gennaio 2012). Va da sé che la richiesta del privato, cui corrisponde un dovere di rispondere o di attivarsi da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, deve riflettere un interesse personale e diretto alla emanazione di un atto o di un provvedimento identificabile in una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con esclusione di qualsiasi situazione che attenga ad interessi di mero fatto.

Invero, non ogni richiesta di atto che il privato sollecita all'ente ha idoneità ad attivare il meccanismo per l'operatività della previsione di cui all'art. 328, comma 2, ma solo quelle richieste che siano funzionali ad un effettivo e doveroso dinamismo della PA stessa.

Secondo condivisibile giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi – Ufficio GIP/GUP, 28 febbraio 2013, in dejure), in tema di omissione di atti d'ufficio, «il contegno inerte del pubblico ufficiale può acquistare rilevanza penale solo successivamente, e non contestualmente, al decorso del termine dei primi 30 gg. di cui alla legge n.

241/90: è infatti necessario un primo tipo di istanza alla quale è connesso l'avvio del procedimento ed una seconda istanza di messa in mora con la quale si richiede, per iscritto, ma senza vincoli di particolare formalità, all'amministrazione di provvedere. Occorre inoltre, affinché l'istanza di messa in mora possa considerarsi efficace, che il procedimento amministrativo sia scaduto e che decorra inutilmente l'ulteriore termine di 30 gg. di cui al secondo comma dell'art. 328 (nel caso di specie, l'originaria istanza indirizzata all'imputato, peraltro del tutto inidonea a determinare un valido avvio del procedimento, in quanto priva dei requisiti essenziali, una volta decorso inutilmente il termine di 30 gg.

di cui all'art. 2 comma 1 l. 241/1990 non ha fatto seguito un'ulteriore istanza di messa in mora di cui all'art. 328 comma 2 c.p., non rendendo pertanto configurabile il reato contestato)».

Inoltre, quanto all'elemento soggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che «è necessario che il pubblico ufficiale abbia consapevolezza del proprio contegno omissivo, dovendo egli rappresentarsi e volere la realizzazione di un evento "contra ius", senza che il diniego di adempimento trovi alcuna plausibile giustificazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione» (cfr. Cass., pen., 22 luglio

2015, n. 36674, più di recente Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 2018, n. 43903).

Capo II

Dei delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione

Art. 353.

Turbata libertà degli incanti

Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni (1) e con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

(1) Le parole: "fino a due anni" sono state così sostituite dall'art. 9 della l. 13 agosto 2010 n. 13.

Art. 353-bis

Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (1)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032

(1) Articolo aggiunto dall'art. 10 della l. 13 agosto 2010 n. 136

Giurisprudenza su artt. 353 e 353-bis

- **Cassazione penale sez. VI - 14/06/2018, n. 34948**

Offrire ad un concorrente di formulare un'offerta di comodo in cambio dello stesso favore in un'altra gara integra tentata turbativa d'asta

- **Cassazione penale sez. VI - 29/05/2018, n. 40890**

Indebita influenza sull'andamento della gara: la nozione di preposto comprende **tutti quelli che svolgono funzioni nel percorso procedimentale**. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'indebita influenza sull'andamento della gara può essere esercitata dal preposto non solo in relazione ad un atto tipico, ma anche mediante una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto, sulla procedura).

- **Cassazione penale sez. VI - 09/11/2017, n. 57251**

Il preposto alla gara che fornisce suggerimenti al concorrente commette reato di turbata liberalità degli incanti

- **Cassazione penale sez. VI - 24/05/2018, n. 38509**

In tema di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), ai fini della verifica circa la sussistenza o meno del presupposto del reato, costituito dall'avvenuta instaurazione di una procedura di gara, che può essere anche informale o atipica, questa è da riconoscersi quando l'avviso di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, pongano i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto e i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte, mentre deve escludersi allorché, a prescindere dalla legittimità del meccanismo adottato, sia prevista solo una comparazione di offerte che la p.a. è libera di valutare, in mancanza di precisi criteri di selezione. (Nella specie, in applicazione di tali

principi, la Corte ha escluso che potesse ravvisarsi una procedura di gara in un caso in cui si era solo in presenza di più missive inviate a diversi professionisti nelle quali si richiedeva esclusivamente un preventivo di parcella al fine del conferimento di un immediato incarico professionale, in assenza di qualsivoglia riferimento ai criteri che sarebbero stati seguiti ai fini della conclusione del contratto).

- **Cassazione penale sez. VI - 22/05/2018, n. 27987**

Il delitto di turbata libertà degli incanti, di cui all'art. 353 c.p., è integrato da ogni accordo clandestino diretto a influire sul normale svolgimento della gara e concretamente idoneo a

sortire tale effetto, quand'anche intervenuto tra imprese che partecipino al medesimo consorzio.

- **Cassazione penale sez. II - 04/05/2018, n. 34746**

Il reato di turbata liberalità degli incanti può essere commesso anche nel tempo necessario ai controlli per la stipula del contratto

- **Cassazione penale sez. VI - 05/04/2018, n. 29267**

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente si concretizza quando è posta in pericolo la correttezza della procedura di gara

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis c.p., è un reato di pericolo, posto a tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione di poter contrarre con il miglior offerente, per il cui perfezionamento è necessario che sia posta concretamente in pericolo la correttezza della procedura di predisposizione del bando di gara, ma non anche che il contenuto di detto provvedimento venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente.

- **Cassazione penale sez. VI - 05/04/2018, n. 29267**

Il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353-bis c.p., è un reato di pericolo che sanziona quelle condotte, antecedenti alla formazione del bando di gara nei contratti con le pubbliche amministrazioni, volte a condizionare le modalità di scelta del contraente privato. Ne consegue che ai fini della configurazione del suddetto reato è sufficiente l'avvio del procedimento amministrativo per la formazione del bando, mentre è irrilevante che esso sia poi effettivamente emesso.

- **Cassazione penale sez. VI - 05/04/2018, n. 29267**

Commette il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente chi spinga l’appaltante a invitare società amiche a presentare un'offerta

- **Cassazione penale sez. VI - 28/03/2018, n. 30730**

La fattispecie prevista dall'articolo 353 c.p. si applica in ogni situazione in cui vi sia una procedura di gara, anche informale e atipica, quale che sia il nomen iuris adottato ed anche in assenza di formalità, mediante la quale la P.A. proceda all'individuazione del contraente, a condizione, tuttavia, che l'avviso informale di gara o il bando, o comunque l'atto equipollente, previamente indichi i criteri di selezione e

di presentazione delle offerte, ponendo i potenziali partecipanti nella condizione di valutare le regole che presiedono al confronto ed i criteri in base ai quali formulare le proprie offerte. Il rapporto tra le fattispecie incriminatrici di cui all'articolo 353 e 353-bis c.p. non può essere ricostruito in senso cronologico intendendo la seconda fattispecie diretta a punire le condotte prodromiche alla indizione della gara e la prima quelle susseguenti secondo una progressione criminosa che trova nell'effettiva pubblicazione del bando l'elemento di discrimine.

- **Cassazione penale sez. VI - 09/11/2017, n. 57251**

Turbata liberalità degli incanti: può essere rilevante anche la condotta realizzata tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva

- **Cassazione penale sez. VI - 09/11/2017, n. 57251**

Il concorrente che presenta false attestazioni commette il reato di turbata liberalità degli incanti

- **Cassazione penale sez. VI - 11/11/2015, n. 8020**

Nel reato di turbata libertà degli incanti, il "mezzo fraudolento" consiste in una attività ingannatoria idonea ad

alterare il regolare funzionamento e pregiudicare la libera partecipazione alla gara.

- **Cassazione penale sez. VI - 28/02/2017, n. 17586**

Tra il reato di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti è configurabile concorso formale di reati

È configurabile il concorso formale tra il reato di corruzione e quello di turbata libertà degli incanti atteso che tali fattispecie criminose tutelano differenti beni giuridici: il primo protegge l'interesse dell'Amministrazione alla fedeltà e all'onestà dei funzionari e, dunque, i principi di corretto funzionamento, buon andamento e imparzialità nell'amministrazione della

cosa pubblica; il secondo protegge la libertà di partecipazione alla gara e la regolarità formale e sostanziale del suo svolgimento. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi l'ordinanza custodiale, emessa per i reati corruzione e turbata libertà degli incanti, in relazione ad un accordo illecito intercorso tra il pubblico ufficiale ed il legale rappresentante di una società avente ad oggetto la promessa del primo di favorire la seconda, anche attraverso la fraudolenta sostituzione della proposta tecnica presentata da quest'ultima con altra più adeguata agli standard di gara, nell'aggiudicazione di una gara di appalto in cambio del

versamento di importi in denaro già corrisposti e dell'impegno di corrispondere ulteriori somme e utilità).

- **Cassazione penale sez. VI - 22/09/2016, n. 42965**

Per il reato di turbativa degli incanti non è necessario l'effettivo conseguimento del risultato

- **Cassazione penale sez. II - 23/06/2016, n. 43408**

Turbata libertà degli incanti, rileva anche uno sviamento del regolare svolgimento della gara

- **Cassazione penale sez. VI - 11/11/2015, n. 8021**

Configura il tentativo del reato di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) la presentazione, in occasione di una gara d'appalto, di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale da parte di imprese formalmente o sostanzialmente collegate tra loro, successivamente escluse dalla competizione, in quanto l'esclusione impedisce che la condotta collusiva influenzi positivamente l'esito finale della gara e causi la verificazione dell'evento tipico del reato.

- **Cassazione penale sez. VI - 14/04/2015, n. 26840**

Gara pubblica. Può esserci turbativa nella scelta del contraente anche prima della predisposizione dei bandi

Ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 353-bis c.p., le condotte dirette ad interferire illecitamente sulla determinazione del contenuto del bando di gara o dell'atto ad esso equipollente, assumono rilevanza solo se l'organo o l'ente pubblico abbia iniziato il procedimento amministrativo che dimostri la volontà di contrarre senza che sia necessario il ricorso a modelli tipizzati.

Esercitazione – Simulazione in Aula

Turbata libertà degli incanti

Cassazione penale sez. VI, 27/01/2022, n.7264

Non sussiste il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara

La configurabilità nella specie del delitto di cui all'art. 353-bis c.p. rubricato 'turbata libertà del procedimento di scelta del contraente' non è configurabile in caso di affidamento disposto in via diretta e senza gara; a differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del

reato è costituito in via alternativa dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis c.p., fa riferimento esclusivamente al turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando - o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente. La condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Il caso

Nel capo 9), in particolare, si contesta al D.S. il delitto di cui agli artt. 110,353 bis c.p., perché, in qualità di legale rappresentante della D.S. S.r.l. unipersonale, d'intesa e in concorso con G.M.A., responsabile del servizio lavori pubblici del Comune di (OMISSIS), E.R., legale rappresentante della Edil Costruzioni di (OMISSIS), e B.M., sindaco del Comune di (OMISSIS), avrebbe turbato il procedimento di scelta del contraente di cui alla deliberazione della giunta comunale n. 83 dell'8 ottobre (OMISSIS), avente ad oggetto l'approvazione

del progetto definitivo/esecutivo dei lavori di adeguamento e di messa in sicurezza di impianti su aree di proprietà comunale, che ricomprendevano anche i lavori di sostituzione di una condotta idrica in (OMISSIS).

Il sindaco, in particolare, colludendo con il D.S., avrebbe attestato falsamente nel verbale di deliberazione predetto che i lavori affidati alla (OMISSIS), avrebbero dovuto avere inizio entro la data del (OMISSIS), circostanza contraria al vero, in quanto parte dei suddetti lavori (e, in particolare, la sostituzione della conduttura idrica di (OMISSIS)) sarebbe

stata già eseguita dalla società del D.S. unipersonale nel mese di agosto (OMISSIS).

In motivazione

Recentemente questa Sezione della Corte di Cassazione, deputata tabellarmente a conoscere dei delitti in materia di pubblica amministrazione, all'esito di un complessivo esame degli orientamenti emersi in relazione a questo tema, ha, inoltre, affermato che "in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art, 353-bis c.p.:

a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell'ambito del procedimento

amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale;

b) non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale;

c) non è configurabile quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara" (Sez. 6, n. 5536 del 28 ottobre 2021, dep. 2022, Zappini).

A differenza di quanto previsto dall'art. 353 c.p., in cui l'evento naturalistico del reato è costituito in via alternativa

dall'impedimento della gara o dal suo turbamento, infatti, l'art. 353-bis c.p. fa riferimento esclusivamente al turbamento del procedimento amministrativo, che deve essere realizzato con una condotta finalizzata a inquinare il contenuto del bando - o di un altro atto a questo equipollente - e, quindi, a condizionare le modalità di scelta del contraente.

La norma incriminatrice richiede, dunque, sul piano della tipicità un'azione finalizzata ad inquinare il contenuto di un atto che detta i requisiti e le modalità di partecipazione alla competizione, nonché ogni altra informazione necessaria a tale scopo.

La condotta perturbatrice deve quindi riguardare un procedimento amministrativo funzionale ad una "gara" e, dunque, del bando, ovvero di un atto che ponga le regole, le modalità di accesso, i criteri di selezione, che disciplini il modo con cui compiere una comparazione valutativa tra più soggetti o di un atto che assolva la stessa funzione del bando.

Ne discende che la condotta di turbamento, per assumere rilievo ai fini della sussistenza del reato previsto dall'art. 353-bis c.p., deve innestarsi ed intervenire in un procedimento amministrativo che contempli una qualsiasi procedura

selettiva, la pubblicazione di un bando o di un atto che abbia la stessa funzione.

Posto, pertanto, che nella specie, per quanto accertato nel corso del procedimento, **l'affidamento dell'esecuzione dell'appalto è avvenuto in assenza di ogni forma competitiva e concorsuale, secondo lo schema dell'affidamento sottosoglia comunitaria in conformità alla disciplina del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. Sblocca cantieri), convertito dalla L. n. 55 del 14 giugno 2019, il delitto di cui all'art. 353-bis c.p., non è configurabile**.

Traccia esame avvocato 2016

Tizio rappresentante della società Alfa avendo saputo che sarebbe stata da lì a poco bandita una gara d'appalto del servizio di somministrazione dei pasti nell ospedale pubblico Beta, contatta con il suo amico di vecchia data, Mevio, preposto alla predisposizione del bando di gara, che acconsente a consegnargli interamente i documenti pre-gara.SEPGrazie alle informazioni avute la società Alfa si aggiudica l'appalto.SEPSuccessivamente pero' la Guardia di finanza sequestra presso l'abitazione di meglio alcuni appunti manoscritti concernenti la fase preparatoria della gara con i

quali Tizio aveva dato indicazioni per modificare le condizioni del bando in senso favorevole alla propria società Alfa (indicazioni poi rivelatesi recepite nella versione definitiva del detto bando di gara). Il candidato assunte le vesti di Tizio individui le fattispecie di reato configurabili a carico di entrambi i soggetti e gli istituti giuridici applicabili.

Possibile soluzione schematica (fonte Altalex.com)

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

La Legge del 13/08/2010 n° 136 (Piano straordinario contro le mafie. Misure di contrasto nel settore degli appalti) ha inserito, nell'alveo dei delitti contro la pubblica amministrazione, la fattispecie di cui all'art. 353 bis c.p. (Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente).

Il reato nasce con lo specifico compito di limitare i possibili vuoti di tutela lasciati dalla disposizione di cui all'art. 353 c.p. rubricato "Turbata libertà degli incanti" che limitava la

propria portata operativa solo ai fatti inerenti le gare d'appalto.

La fattispecie di cui all'art. 353 bis c.p., quindi disciplina la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, quando questa sia posta in essere in una fase "antecedente" l'eventuale gara o incanto.

La distinzione tra le due fattispecie è dunque la seguente:

1) la fattispecie di cui al 353 c.p. presuppone l'esistenza di una "gara" (quindi di un bando o atto equipollente);

2) la seconda disposizione, di cui all'art. 353 bis c.p., presuppone l'esistenza di un "procedimento amministrativo"

diretto a stabilire il contenuto del bando o dell'atto equipollente. Con l'effetto che se si arriva alla gara, la condotta sarà rilevante ex art. 353 c.p.

La novella si è resa necessaria perché diversi orientamenti giurisprudenziali, prima della sua entrata in vigore, negavano la rilevanza delle condotte antecedenti, che non erano ricomprese nell'articolo 353, neanche in termini di mero tentativo, in assenza del presupposto della "gara". (Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 11005/09, 27719/13, 44896/14).

La ratio dell'art. 353-bis c.p. quindi, investe tutte le ipotesi in cui, salvo che il fatto costituisca un reato più grave, abbia

autonoma rilevanza penale la condotta di chiunque, alternativamente, con violenza o minaccia, doni o promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti (sono i medesimi comportamenti sanzionati dall'art. 353 c.p.) turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, ovvero di altro atto equipollente, al fine di condizionarne le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione.

In buona sostanza, attraverso lo schema normativo di cui all'art. 353-bis c.p. si è voluto colmare un vacuum, rendendo penalmente rilevanti anche quelle condotte o tentativi

finalizzati a condizionare le gare di appalto, condotte o tentativi effettuati “a monte” della gara stessa.

L'illecita interferenza nel procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando, finalizzata a condizionare le modalità di scelta del contraente (ad esempio, mediante la personalizzazione dei requisiti prescritti), determina, già di per sé sola, l'applicazione della sanzione disciplinata dal 353 bis c.p.

Come è stato osservato, la finalità della condotta dell’agente in questo contesto è quella di condizionare il contenuto del bando e, di conseguenza, il reato si perfeziona

indipendentemente dalla realizzazione del fine: è sufficiente per la tipizzazione della condotta che la correttezza della procedura amministrativa, volta a predisporre il contenuto del bando, sia messa concretamente in pericolo. E in questo che si consuma, di fatto, il cosiddetto “turbamento”.

Ed in questo senso, la condotta di Tizio, sembra solo apparentemente attagliarsi alla norma in parola in quanto egli ha potuto beneficiare del bando nella sua fase precedente alla pubblicazione, con la complicità di Mevio, ed ha anche potuto condizionarne il regolamento e l’iter formativo stesso dei suoi contenuti. Tanto si deduce dal sequestro dei

documenti effettuato presso l'abitazione di Mevio inerenti spunti e suggerimenti allo stesso forniti da Tizio.

La condotta descritta però, in realtà è più precipuamente inquadrabile nell'alveo dell'art 353 c.p.

Ed infatti, l'art. 353 bis c.p. assume un'autonoma rilevanza penale, specialmente quando, di fatto, non si effettui alcuna "gara", o anche nel caso in cui il contenuto del bando risulti concretizzato senza che le condotte di "turbamento" abbiano avuto efficacia alcuna.

La fattispecie di cui all'art. 353 c.p. invece, pur prevedendo una condotta tipica identica nelle modalità operative al 353

bis c.p., si applica alle ipotesi in cui venga impedita o turbata la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero alle ipotesi in cui vengano allontanati gli offerenti. (Cassazione penale, sez. VI, sentenza 25/06/2015 n° 26840).

Seguendo l'excursus argomentativo del Supremo collegio occorrerà allora richiamare il evidenziare il seguente principio di diritto: i comportamenti che incidono sulla formazione del bando di gara che venga successivamente emesso, devono essere inquadrati nella fattispecie prevista dall'art. 353 c.p., a nulla rilevando che gli stessi sono stati posti in essere nel

periodo precedente all'introduzione dell'art. 353 bis c.p., fattispecie che trova applicazione in relazione a tutti i comportamenti diretti alla manipolazione del bando di gara nei casi in cui questa non venga successivamente bandita, purché il procedimento amministrativo abbia avuto origine.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, possiamo concludere affermando che Tizio risponderà del reato previsto dall'articolo 353, in concorso con Mevio (essendo evidente che Tizio ha istigato Mevio a commettere il reato e quindi ricorre l'ipotesi del concorso dell'extraneus nel reato commesso dall'intraneus).

Mevio risponderà oltre che del reato di cui all'articolo 353 aggravato ai sensi del comma 2, anche ai sensi dell'articolo 326 (**rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio**), eventualmente avvinti, i due reati, dal vincolo della continuazione.

Prevenzione della corruzione e ricadute sulla performance: alcune considerazioni

(da G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura and legal systems*).

“

L’Italia ha optato per un’apparente soluzione preventiva, favorendo piuttosto un chiaro ritorno a logiche vetero-inquisitorie da applicare attraverso il procedimento penale, destinato a ricoprire nuovamente un ruolo centrale nelle dinamiche politiche e sociali, con un ritorno al diritto penale

d’autore e alla realizzazione del diritto penale del nemico, ossia quella concettualizzazione teorica con cui si fa riferimento ad un binario parallelo e separato del diritto penale.

I due binari, sul piano dei diritti, esibiscono due livelli di garanzia diversa, perché si rivolgono a due categorie differenti di soggetti: il primo vige per il cittadino ordinario; il secondo, invece, è uno strumento da poter utilizzare contro chi, di volta in volta, viene identificato come nemico all’interno di una data società.

Ed è infatti evidente che, almeno in Italia, il regime processuale del “doppio binario”, prima destinato solo ai reati di criminalità organizzata e terrorismo (quelli, cioè, per antonomasia a forte caratterizzazione di pericolosità sociale), è indubbiamente applicabile anche ai processi per la repressione di reati contro la P.A. o, più in generale, ai fenomeni corruttivi, quasi a voler attribuire, a questi, l’etichetta di “reati di maggior allarme sociale”.

La corruzione è un fenomeno culturale e, nonostante si possa dimostrare che ciò dovrebbe suggerire (se non imporre) l’adozione di provvedimenti che lentamente semplifichino la

pubblica amministrazione, tuttavia assistiamo ad un processo di inesorabile ipertrofia legislativa, cui si aggiunge un'enorme produzione regolamentare.

Quali le ricadute sulla performance della P.A.?

Le risposte possono trovarsi in una nota indagine, secondo cui una parte consistente del diritto penale amministrativo mira a contrastare il rischio che il funzionario assuma, colposamente o dolosamente, decisioni o condotte orientate alla soddisfazione di un interesse proprio o altrui, in luogo dell'interesse collettivo al cui perseguimento quelle decisioni o condotte dovrebbero indirizzarsi.

Molto più trascurata è invece una diversa preoccupazione, relativa al rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse proprio a quel collaudato sistema di controlli e sanzioni di cui s'è detto.

Essa si è guadagnata una definizione: l'amministrazione difensiva, definizione mutuata dal fenomeno della medicina difensiva, secondo cui, anticipando un rischio di

responsabilità medico- legali, il medico modifica le scelte di cure da prestare (in eccesso o in diminuzione) rispetto a quanto farebbe in assenza di tale rischio.

Analogamente, l'amministrazione difensiva indica appunto una distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento dell'azione dell'amministrazione pubblica italiana.

Si registra in proposito una sempre più diffusa sensibilità da parte degli operatori.

Esistono evidenze sull'amministrazione difensiva anche in altri paesi.

Nel caso italiano, tuttavia, al di là delle percezioni, esistono evidenze empiriche tali da far ritenere che il fenomeno dell'amministrazione difensiva sia effettivamente rilevante dal punto di vista economico e sociale?

La prima evidenza si riferisce all'esistenza effettiva di un rischio percepito, che costituisce il presupposto stesso dello sviluppo di atteggiamenti di amministrazione difensiva. Ai fini dell'amministrazione difensiva, infatti, non è tanto rilevante il dato oggettivo del rischio di subire perdite o incorrere in

responsabilità nell'assumere decisioni difficili, ad esempio a fronte della complessità del quadro normativo, quanto il dato soggettivo del rischio percepito da chi quelle decisioni è chiamato ad adottare. Tale percezione può essere elevata a prescindere dalla correttezza dell'operato degli organi di controllo.

Ebbene, una diretta evidenza della sussistenza di un rischio percepito è la presenza di un florido mercato assicurativo per i rischi legati a giudizi per responsabilità erariale. Ma, una serie di elementi sia relativi al contesto giuridico sia all'effettiva diffusione di queste polizze porta a dubitare che lo

strumento assicurativo così come presente oggi sul mercato possa risolvere il problema.

La seconda evidenza attiene invece all'esistenza di una correlazione fra la percezione del rischio, da un lato, e la tendenza ad assumere atteggiamenti difensivi da parte degli operatori: correlazione spesso presunta dal legislatore, ad esempio quando ha limitato la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti ai soli fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave.

Nel settore degli appalti di lavori pubblici, gli esempi, sia di cronaca che di studio, sugli effetti dell'amministrazione difensiva abbondano.

La principale causa dell'approccio difensivo della burocrazia risiede nella incertezza e imprevedibilità delle conseguenze del comportamento dei funzionari amministrativi: il rischio patrimoniale rappresentato dalla responsabilità amministrativa risulta essere rilevante nell'indurre comportamenti difensivi quando esso si combina con l'incertezza normativa.

Una prima ragione di incertezza riguarda lo stesso confine fra lecito e illecito, fra rispetto e violazione della regola, fra interpretazione consentita e preclusa, fra colpevole violazione di regola applicabile e inosservanza utile o doverosa di regola inapplicabile.

Più incerto il confine, maggiore lo spazio e l'incentivo per reazione difensive: si rimanda la decisione in attesa che il problema venga risolto altrimenti, si chiedono pareri, si assumono decisioni rispettose anche delle regole ritenute inapplicabili, perché un domani qualcuno potrebbe invece

decidere di applicarle, benché ciò costituisca una decisione meno ragionevole ed efficace.

Sarebbe illusorio contrastare questo effetto eliminando la discrezionalità amministrativa, introducendo automatismi ispirati alla meccanica applicazione di regole che pongano il funzionario al riparo dalle responsabilità: la discrezionalità è l'essenza stessa dell'amministrazione, la ragione per cui essa rimane necessaria, almeno fino all'avvento di raffinatissime intelligenze artificiali, che comunque chiamerebbero in causa la responsabilità di chi le progettasse.

La strada è dunque quella di ridurre il disordine normativo, con operazioni accurate di riordino, codificazione e semplificazione normativa.

Occorre, inoltre, ripensare attentamente agli effetti di fattispecie di illecito connotate da notevole indeterminatezza e insieme da sanzioni particolarmente afflittive, quantomeno sul piano reputazionale, come l'abuso di ufficio.

Deve però osservarsi che il fenomeno dell'amministrazione difensiva è anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa: non è meno illegittima delle

condotte illegittime punite con le sanzioni che essa mira ad evitare. Si tratta, però, di una forma di illegittimità meno visibile, più subdola e, per questo, forse più pericolosa: non consiste di atti, decisioni o anche omissioni riferibili a specifici obblighi di agire, ma si avvale invece di più indefinite tecniche dilatorie, di scelte apparenti, di ritardi consentiti dall'ordinamento, di atti formali che celano inerzie sostanziali, etc.

Tutto questo rimane sottotraccia, non emerge, comunque non viene registrato dai «radar» del più tradizionale diritto amministrativo della legalità.

L’amministrazione difensiva emerge in superficie solo alla fine, quando si tratta di tirare le somme, valutando i risultati conseguiti dall’azione complessiva dell’amministrazione.

Secondo la teoria economica, l’inefficienza in tema di contratti pubblici, nel nostro Paese, dipenderebbe più da incompetenze dell’amministrazione pubblica che dal fattore corruzione, sebbene le possibili cause del risultato inefficiente dei contratti pubblici siano da individuarsi in una pluralità di fattori, anche fra loro alternativi.

Una possibile soluzione alle richiamate problematiche potrebbe darsi valorizzando l'approccio economico, puntando sugli incentivi, così come sull'equità della condanna da parte della giustizia contabile, un po' come avvenuto, appunto, nell'ambito di responsabilità da attività amministrativa dei medici.

Conclusioni.

Sembra di poter affermare, senza timore di smentita, che la performance negativa della P.A. non sia dovuta a fenomeni corruttivi – tra l'altro contrastati da un aumento degli strumenti di repressione e sanzione o, comunque, non solo

da questi –, bensì da una generalizzata impreparazione dei funzionari nel fronteggiare leggi poco chiare, contraddittorie ed intricate”.

Ciò al fine di limitare proprio la percezione della corruzione

Nozioni e principi del Regolamento UE 679/2016

Nella realtà contemporanea assistiamo al

mutamento del concetto di privacy

Non più, o non solo, inteso come il diritto di proteggere la propria sfera privata, ma soprattutto come il diritto di controllare l'uso e la circolazione dei propri dati personali da parte di altri soggetti.

Tali dati costituiscono il bene primario dell'attuale società dell'informazione

Il mondo virtuale è ormai diventato un vero e proprio luogo in cui si esplica la propria personalità

Risultato → non si ha più una persona virtuale contrapposta alla persona reale, ma si tratta di un intreccio che restituisce la persona reale come connotata dal digitale.

Il diritto dell'interessato a controllare come vengono trattati i propri dati significa pretendere dal titolare del trattamento:

– livelli di sicurezza commisurati alla natura e alla finalità della raccolta.

Da ciò deriva la disciplina della "**Data protection**"

L'uso del termine "privacy" è frequente nel linguaggio corrente; tuttavia, in campo giuridico viene utilizzata la locuzione "**protezione dei dati personali**" proprio al fine di evidenziare la finalità della normativa dettata al riguardo.

Ciò consente di **distinguere il concetto di "riservatezza" da quello di "privacy"** spesso utilizzati, erroneamente, come sinonimi.

E quindi, il diritto alla **riservatezza** è da intendersi in senso ampio come **la possibilità di godere appieno della propria intimità**;

mentre il termine **privacy** non identifica più il semplice diritto ad essere lasciati indisturbati ma simboleggia **l'insieme delle libertà che sono coinvolte nel trattamento dei dati personali**.

Il motivo per cui l'Unione Europea si è dotata di un nuovo quadro normativo in tema di Data protection si evince dalla lettura dei **considerando 6 e 7 del Regolamento**.

(6) La rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano nuove sfide per la protezione dei dati personali. La portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. **La tecnologia attuale consente tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati**

personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività. Sempre più spesso, le persone fisiche rendono disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali che le riguardano.

La tecnologia ha trasformato l'economia e le relazioni sociali e dovrebbe facilitare ancora di più la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione e il loro trasferimento verso paesi terzi e organizzazioni internazionali, garantendo al tempo stesso un elevato livello di protezione dei dati personali.

(7) Tale evoluzione richiede un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno. **È opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che le riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici e le autorità pubbliche.**

Il regolamento UE 679/2016 consta di 173 considerando e 99 articoli ed è suddiviso in 11 capitoli.

Il Regolamento conferma i principi posti a fondamento del sistema di data protection così come introdotti dalla direttiva del 95/46/CE modificandone le modalità di applicazione.

Quali sono questi principi?

1) **principio dell'accountability**, art. 5 par. 2. **Il titolare del trattamento è competente per il rispetto dei principi applicabili al trattamento dei dati personali e deve essere in grado di comprovarlo**.

In virtù di questo principio, il Regolamento dispone che il titolare del trattamento adotti politiche ed attui misure adeguate a **garantire ed essere in grado di dimostrare che il trattamento dei dati personali sia conforme allo stesso Regolamento**.

Il Termine anglosassone, anche se tradotto con il termine "responsabilità" fa riferimento più ad un

principio di “**rendicontazione**” ossia alla necessità in capo al titolare del trattamento di introdurre meccanismi di responsabilizzazione interna mediante l’elaborazione di un idoneo sistema documentale di gestione della privacy anche attraverso l’elaborazione di specifici modelli organizzativi analoghi a quelli utilizzati nell’applicazione della disciplina del D.lgs. n. 231/2001[2].

[2] Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

In ambito pubblicistico il concetto di accountability è strettamente collegato a quello di trasparenza.

I corollari di tale principio, li riveniamo nell'art. 5, par. 1 e sono:

a) «**liceità, correttezza e trasparenza**»;

b) «**limitazione della finalità**»: i dati devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità;

c) «**minimizzazione dei dati**»: i dati raccolti devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati;

d) «**esattezza**» e se necessario, aggiornati: devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati;

e) «**limitazione della conservazione**»: conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo **non superiore al conseguimento delle finalità** per le quali sono

trattati. I dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato;

f) **«integrità e riservatezza»** garantite attraverso l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate.

2) **La data protection impact assessment, art. 35.**

È un istituto cardine all'interno del nuovo regolamento europeo. L'art. 35 del Regolamento parla di **valutazione d'impatto sulla protezione dei dati che deve essere effettuata dal titolare del trattamento e prima di procedere al trattamento quando lo stesso**, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, **può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.**

3) **La data breach notification, art. 33**

Il Regolamento introduce, in capo ai titolari del trattamento, un **obbligo generalizzato di comunicazione delle violazioni dei dati personali**.

La *ratio* della disciplina si evince dal considerando n. 85 dove si afferma che **una violazione dei dati personali può, se non affrontata in modo adeguato e tempestivo, provocare danni materiali o immateriali alle persone fisiche** come la perdita del controllo dei dati personali o limitazione dei loro diritti, discriminazioni,

usurpazione di identità, perdite finanziarie, decifrature non autorizzate della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale alla persona fisica interessata.

Non appena venga a conoscenza di una violazione dei dati personali il titolare del trattamento deve notificare la violazione dei dati personali all'autorità di controllo competente senza ingiustificato ritardo e ove possibile entro 72 ore dal momento che ne è venuto a conoscenza, a

meno che non sia in grado di dimostrare che, conformemente al principio di responsabilizzazione, è improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

Oltre il termine delle 72 ore la notifica dovrebbe essere corredata dalle ragioni del ritardo e le informazioni potrebbero essere fornite in fase successive senza ulteriore ingiustificato ritardo.

Il responsabile del trattamento informa il titolare del trattamento, senza ingiustificato ritardo,

dopo essere venuto a conoscenza della violazione.

La notifica deve almeno:

a) descrivere la natura della violazione dei dati personali compresi, ove possibile, le categorie e il numero approssimativo di interessati in questione nonché le categorie e il numero approssimativo di registrazioni dei dati personali in questione;

b) comunicare il nome e i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati o di altro punto di contatto presso cui ottenere più informazioni;

c) descrivere le probabili conseguenze della violazione dei dati personali;

d) descrivere le misure adottate o di cui si propone l'adozione da parte del titolare del trattamento per porre rimedio alla violazione dei dati personali e anche, per attenuarne gli effetti negativi.

Il titolare del trattamento documenta qualsiasi violazione dei dati personali, comprese le circostanze a essa relative, le sue conseguenze e i provvedimenti adottati per porvi rimedio. Tale

documentazione consente all'autorità di controllo di verificare il rispetto del presente articolo.

4) **la privacy by design e by default, art. 25.**

La disciplina in materia di protezione dei dati personali va considerata ed applicata fin dalla sua primissima fase di progettazione. Ogni progetto ad impatto privacy deve nascere ed essere costruito con impostazioni di default, che rispettino la disciplina in tema di protezione dei dati personali.

Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica.

Questi 4 elementi rappresentano gli assi portanti per un sistema corretto di tutela della privacy.

Ambito di applicazione soggettivo del Regolamento

Il Regolamento europeo si applica alle persone fisiche.

Infatti, l'art. 1 definisce l'ambito soggettivo di applicazione del Regolamento dichiarandone la sua

finalità alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche (art. 1, par. 2).

Ne consegue che il regolamento non disciplina il trattamento dei dati personali relativi a persone giuridiche, in particolare ad imprese dotate di personalità giuridica.

Inoltre, il Regolamento non si applica alle persone fisiche solo quando si è in presenza di un trattamento per finalità esclusivamente personali o domestico e quindi senza connessione con attività professionale o commerciale.

Tuttavia, il regolamento si applica ai titolari o responsabili del trattamento che forniscono i mezzi per trattare dati personali nell'ambito di tali attività a carattere personale o domestico.

Infine, il presente regolamento non si applica ai dati personali di persone decedute, salvo che gli Stati membri prevedano norme in tal senso.

Ambito di applicazione territoriale

L'art. 3 del regolamento rivede la concezione tradizionale del **principio di stabilimento del territorio** e sancisce che il Regolamento si applica al

trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, **indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione**. Inoltre, il regolamento si applica al trattamento di dati personali di interessati che si trovano nell'Unione effettuati da un titolare del trattamento o responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione quando le attività di trattamento riguardano:

- l'offerta di beni o le prestazioni di servizi ai suddetti interessati nell'Unione

indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato,

- oppure il controllo del loro comportamento all'interno dell'Unione europea. Infine, il regolamento si applica anche al trattamento dei dati personali effettuato da un titolare del trattamento che non è stabilito nell'Unione ma in un luogo soggetto al diritto nazionale di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico.

Le figure della privacy e il concetto di "trattamento"

La corretta implementazione delle figure privacy all'interno dell'organizzazione è una *condicio sine qua non*, per il corretto trattamento dei dati personali.

All'interno del Regolamento europeo n. 679/2016, si parla del **Titolare del trattamento** come figura di "data controller" e **Responsabile del trattamento** come figura del "data processor".

IL **TITOLARE DEL TRATTAMENTO (**persona fisica o giuridica, autorità pubblica, servizio o altro organismo) rappresenta il centro di imputazione giuridica del trattamento dei dati personali, che a norma dell'art. 4 del Regolamento assume, anche unitamente ad altro titolare (contitolarità), le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento dei dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza.

Il potere decisionale è l'elemento fondamentale che consente di individuare la figura del Titolare del trattamento.

Esempio

Il Garante con il provvedimento del 29 aprile 2009 ha individuato in Poste italiane la figura del Titolare del trattamento anche in caso di appalto, proprio in ragione del potere decisionale della società.

Sotto il profilo soggettivo la norma si riferisce sia a persone fisiche che giuridiche, tenuto conto che l'art. 28 del Codice privacy ora abrogato, precisava che quando il trattamento era effettuato da una persona giuridica, il titolare del trattamento era rappresentato dall'entità nel suo complesso.

A tal riguardo, anche il Garante ebbe modo di precisare che il riferimento alla persona fisica che compare nella definizione del titolare non riguarda coloro che amministrano o rappresentano la persona

giuridica, la pubblica amministrazione, o l'ente ma concerne gli individui che effettuano un trattamento di dati a titolo personale.

Qualora il trattamento sia effettuato nell'ambito di una persona giuridica, una pubblica amministrazione, un ente o organismo, il titolare è l'entità nel suo complesso (società, ministero, ente pubblico) **anziché le singole persone fisiche che compongono l'ente.** Al massimo tali soggetti individuali potrebbero assumere la qualifica di Responsabili.

Altro esempio riguarda gli istituti scolastici:

UNIONE EUROPEA

PER LA SCUOLA - COMPETENZE E AMBIENTI PER L'APPRENDIMENTO (FSE-FESR)

MIUR

[redacted]

INFORMATIVA EX ART 13-14 DPGR 2016/679 E ART. 13 DLGS 196/2003

Prima che Lei ci fornisca i dati personali che La riguardano, in armonia con quanto previsto dal Regolamento Europeo sulla protezione dei dati personali n° 2016/679 e dal D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 c.d. Codice Privacy, il cui obiettivo è quello di proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, è necessario che Lei prenda visione di una serie di informazioni che La possono aiutare a comprendere le motivazioni per le quali verranno trattati i Suoi dati personali, spiegandole quali sono i Suoi diritti e come li potrà esercitare. I dati saranno trattati in ottemperanza art 5 del DPGR 2016/679 secondo i principi di: liceità, correttezza e trasparenza, limitazione della finalità, minimizzazione, esattezza, limitazione della conservazione, integrità e riservatezza. Inoltre sono state adottare le misure e gli accorgimenti necessari al rispetto del principio di responsabilizzazione del titolare.

Chi è il Titolare del trattamento?

E' L'istituto Comprensivo d[redacted] rappresentato dal Dirigente Scolastico[redacted] a cui lei potrà in ogni momento rivolgersi per esercitare i suoi diritti o semplicemente richiedere informazioni relative al trattamento dei suoi dati utilizzando questi recapiti diretti[redacted]il:

[redacted]

33[redacted]02.

Con la **sentenza n. 246/2019** la Corte dei Conti - Sezione Giurisdizionale per il Lazio – ha ritenuto responsabile il Dirigente scolastico per il danno indiretto causato all'Istituto, a seguito del pagamento di una sanzione amministrativa, irrogata dal Garante della privacy per la pubblicazione su internet di una **circolare contente dati riguardanti scolari affetti da disabilità**.

Nella vicenda in esame l'Autorità Garante per la Protezione dei dati Personali veniva adita dal genitore di un alunno disabile, il cui nominativo era stato divulgato in rete.

L’Autorità, stante la diffusione su internet di dati idonei a rivelare lo stato di salute di minori di età, in violazione della normativa in esame, irrogava all’Istituto scolastico la sanzione amministrativa di € 20.000,00.

Tale sanzione veniva pagata con i fondi della scuola, con conseguente danno al bilancio dell’Istituto, le cui casse risultavano quindi depauperate ad opera della condotta gravemente negligente del Dirigente scolastico.

Dal giudizio era infatti emerso che il Dirigente scolastico aveva adottato la circolare interna avente

per oggetto la “Convocazione GHL (Gruppo di Lavoro per l’Handicap operativo)”, nella quale era contenuto un elenco dei nomi degli scolari minori dell’Istituto affetti da disabilità.

La circolare ovviamente doveva essere comunicata solamente alle famiglie degli studenti in forma riservata, sia in ragione della particolare situazione di salute degli alunni interessati, sia in quanto trattavasi di una comunicazione ad uso interno, contenendo un calendario di riunioni dei consigli delle classi con presenza di alunni con Handicap (GLH).

Malgrado ciò il Dirigente scolastico consentiva la divulgazione nella rete internet della circolare in forma integrale, non avendo prescritto alcun divieto di pubblicazione, né in ultimo controllato che la circolare non venisse pubblicata sul sito *web* dell'Istituto.

La Corte dei Conti nella pronuncia in esame riconosceva la responsabilità del Dirigente scolastico per aver violato la normativa in materia di protezione dei dati personali, in base alla quale il trattamento dei dati sensibili ad opera dei soggetti pubblici deve conformarsi "secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della

dignità dell'interessato", e svolgersi secondo alcuni principi espressamente indicati.

La sentenza affermava poi la responsabilità esclusiva del Dirigente scolastico, escludendo quella concorrente di altri docenti, in quanto il D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 attribuisce loro la responsabilità della organizzazione e gestione scolastica, da ciò ne consegue che sul Dirigente incombevano gli obblighi di verificare la correttezza e la legittimità della circolare sottoscritta e di monitorarne le sorti anche nei successivi passaggi, al fine di impedirne la

pubblicazione.

Posizione di garanzia/responsabilità oggettiva

RESPONSABILE DEL TRATTAMENTO: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che **tratta dati personali per conto del titolare del trattamento.**

La sua designazione si ritiene indispensabile quando per esigenze organizzative, la struttura abbia

dimensioni importanti sebbene dal punto di vista formale la sua designazione non sia obbligatoria. **Il Titolare deve individuare il Responsabile tra soggetti che abbiano capacità ed esperienza in materia di privacy e sicurezza e deve impartirgli direttive in ordine ai fatti, ai mezzi e alle modalità del trattamento.** A sua volta, **il responsabile, nell'esercizio dell'attività di trattamento deve attenersi alle istruzioni del titolare.**

Per quanto riguarda i requisiti formali della lettera di designazione, i compiti affidati devono

essere individuati sia per iscritto che analiticamente.

Il Responsabile può essere interno o esterno e a tale riguardo il Garante ha affermato che è necessario precisare chi svolgerà l'eventuale ruolo di responsabile del trattamento, conseguentemente l'amministrazione deve decidere se prevedere tale figura ed attribuire tale responsabilità o alla struttura esterna a cui è affidata l'attività in concessione, oppure ad un dipendente di quest'ultima o ad un proprio ufficio o dipendente dell'amministrazione.

In concreto la nomina del responsabile che deve essere effettuata in forma scritta e può essere inserita in un apposito articolo della convenzione o essere oggetto di un distinto provvedimento amministrativo o atto di diritto privato.

Nelle operazioni di trattamento affidate dal titolare al responsabile quest'ultimo si potrà servire, a sua volta, di un altro soggetto per il compimento di specifiche attività nell'ambito del trattamento che compie per conto del titolare. In questo caso, **il**

responsabile – previa autorizzazione scritta del titolare – procederà a nominare tale soggetto quale **sub-responsabile del trattamento obbligandolo ad osservare gli stessi obblighi, in materia di protezione dei dati, che gravano su di lui nel rapporto con il titolare.** Qualora il responsabile non provveda ad impartire al sub-responsabile le istruzioni previste, così come nel caso in cui il sub-responsabile ometta di adempiere ai propri obblighi in materia di protezione dei dati, il responsabile iniziale conserva nei confronti del titolare del trattamento l'intera responsabilità dell'adempimento degli obblighi dell'altro responsabile.

Resta inteso che eventuali modifiche, circa l'aggiunta o la sostituzione di altri sub-responsabili, debbano essere notificate al titolare (art. 28 par. 2 GDPR).

AUTORIZZATO AL TRATTAMENTO

La lettera h) dell'art. 4 del TU Privacy definiva gli incaricati del trattamento come "**le persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile**".

Il nuovo Regolamento europeo non ha disciplinato tale figura, pertanto allo stato attuale abbiamo all'interno del Regolamento solo le due figure del

titolare del trattamento e del responsabile del trattamento.

Tuttavia, a seguito della modifica introdotta dal **D.lgs 101/2018**, il TU Privacy ha visto l'introduzione dell'art. **art. 2-quaterdecies** "**Attribuzione di funzioni e compiti a soggetti designati**".

La norma dispone che:

Il titolare o il responsabile del trattamento possono prevedere, sotto la propria responsabilità e nell'ambito del proprio assetto organizzativo, che specifici compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali siano

attribuiti a persone fisiche, espressamente designate, che operano sotto la loro autorità.

Il titolare o il responsabile del trattamento individuano le modalità più opportune per autorizzare al trattamento dei dati personali le persone che operano sotto la propria autorità diretta.

La lettera di designazione dovrà permettere di capire la natura dei dati personali ai quali accede il soggetto incaricato e la tipologia di trattamento consentito.

Sull'argomento, il Garante ha sottolineato che la mera assegnazione di una persona ad una struttura

interna non soddisfa di per sé i requisiti previsti dalla legge, dovendo risultare chiaro a quale tipologia di dati hanno accesso le persone preposte alla struttura, al limite attraverso l'integrazione della originaria mansione. **È opportuno precisare che la nomina degli incaricati è obbligatoria.** Il Garante ha affermato che senza una formale designazione degli incaricati al trattamento, i dipendenti che nello svolgimento dei loro compiti vengono a conoscenza dei dati personali dovrebbero essere considerati soggetti terzi rispetto all'amministrazione con evidenti limiti alla comunicazione e utilizzazione dei dati.

La definizione di “terzo” è attualmente contenuta nell’art. 4, par. 1, n. 10) del Regolamento ossia: **la persona fisica o giuridica**, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo **che non sia** l'interessato, il titolare del trattamento, il responsabile del trattamento e **le persone autorizzate al trattamento dei dati personali sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile**.

CONTITOLARI DEL TRATTAMENTO – Art. 26 GDPR

È possibile che coesistano più titolari del trattamento che decidono congiuntamente di trattare i dati per una finalità comune.

1. **Allorché due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono contitolari del trattamento**. Essi determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal presente regolamento, con particolare riguardo all'esercizio dei diritti dell'interessato, e le rispettive funzioni di

comunicazione delle informazioni di cui agli articoli 13 e 14, a meno che e nella misura in cui le rispettive responsabilità siano determinate dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui i titolari del trattamento sono soggetti. Tale accordo può designare un punto di contatto per gli interessati.

2. L' accordo di cui al paragrafo 1 riflette adeguatamente i rispettivi ruoli e i rapporti dei contitolari con gli interessati. **Il contenuto essenziale dell'accordo è messo a disposizione dell'interessato.**

3. Indipendentemente dalle disposizioni dell'accordo di cui al paragrafo 1, **l’interessato può esercitare i propri diritti ai sensi del presente regolamento nei confronti di e contro ciascun titolare del trattamento.**

Esempio

Gestione di un contratto a tempo determinato o indeterminato del personale docente.

Tale attività prevede il trattamento di tutti dati personali funzionali al perfezionamento dell’assunzione del personale docente, con

riferimento agli aspetti relativi al trattamento giuridico ed economico ed alla verifica del possesso dei requisiti per l'assunzione.

La suddetta attività comporta, nel trattamento dei dati personali, una contitolarità ex art. 26 del Reg. (UE) 2016/679 del MIUR e della scuola. Considerato che l'attività si svolge tramite funzioni SIDI, il responsabile esterno del trattamento è il fornitore del sistema informativo del MIUR.

A differenza della gestione ad esempio delle iscrizioni degli alunni dove il MIUR figura quale responsabile esterno.

Gestione di un contratto per supplenze brevi e saltuarie - Personale docente.

Tale attività prevede il trattamento di tutti i dati personali funzionali all'assunzione del personale docente per supplenze brevi e saltuarie, con riferimento agli aspetti relativi al trattamento giuridico ed economico ed alla verifica del possesso dei requisiti per l'assunzione. L'attività comporta la titolarità esclusiva della scuola nel trattamento dei relativi dati personali, mentre il MIUR si pone come

responsabile esterno del trattamento, in quanto autorità pubblica che, attraverso l'applicativo del portale SIDI, tratta dati personali per conto del titolare del trattamento.

Cosa si intende per trattamento?

Art. 4, par. 1, n. 2 Regolamento 2) «**trattamento**»: qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come **la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la**

conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

Elemento identificativo del trattamento è la finalità, che costituisce lo scopo effettivo per il quale i dati personali sono raccolti e gestiti. **A ciascuna finalità corrisponde uno specifico trattamento.**

I dati personali costituiscono una macro-categoria all'interno della quale la legge distingue due sottocategorie:

- dati sensibili,
- dati di natura giudiziaria.

Sono dati sensibili quelli che riguardano informazioni concernenti gli aspetti più intimi della vita di un individuo e sono tassativamente indicati dalla norma.

Il legislatore ha inteso, quindi, fornire garanzie rafforzate per quei dati che se non trattati con liceità

e correttezza potrebbero arrecare gravi danni all'interessato.

Mentre i dati personali comuni come il nome, il cognome, l'indirizzo mail hanno la finalità di identificare un individuo; quelli sensibili rivelano le condizioni religiose, gli orientamenti politici e sindacali, così come sono considerati dati super sensibili quelli idonei a rivelare lo stato di salute e la sfera sessuale delle persone. **Per la corretta configurazione di un modello di gestione privacy deve sempre essere eseguito un puntuale e**

preliminare censimento delle diverse tipologie di dati sensibili.

Un tema importante è quello relativo alla cosiddetta area di sensibilità, nel senso che la sensibilità dell'informazione personale dovrà essere intesa in modo relativo e valutata caso per caso con riferimento al contesto ed alla natura intrinseca dell'informazione.

Esempio

In passato il Garante ha vietato la comunicazione all'amministrazione di appartenenza della diagnosi da infezione da HIV accertata nei riguardi di una dipendente pubblica da parte della commissione medica preposta agli accertamenti sull'inabilità al lavoro.

Alla proposta della commissione di rilasciare un processo verbale con l'*omissis* sul punto relativo alla diagnosi, il Garante ha fatto rilevare come la non menzione del giudizio diagnostico in chiaro non sarebbe stato sufficiente in quanto essendo attualmente l'unico caso di diagnosi omessa,

avrebbe potuto consentire di desumere l'effettiva malattia diagnosticata.

Nella disciplina tracciata dal nuovo Regolamento UE **l'art. 9, par. 1** dispone che **è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiosi o filosofiche o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, biometrici intesi ad indentificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute, alla vita sessuale oppure all'orientamento sessuale della persona.**

In sostanza viene riprodotta la nozione contenuta nella direttiva “madre” della comunità europea con l’introduzione di dati biometrici e genetici.

Tuttavia, la norma precisa che **il divieto non si applica se**:

a) l’interessato ha prestato il proprio **consenso esplicito** al trattamento di tali dati personali **per una o più finalità specifiche**, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l’interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1;

b) il trattamento è necessario per assolvere gli **obblighi ed esercitare i diritti specifici** del titolare del trattamento o dell'interessato **in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale**, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;

c) **il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra**

persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso;

d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano

comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato;

e) **il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato**;

f) **il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le loro funzioni giurisdizionali**;

g) **il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico** rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, **che deve essere**

proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato;

h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista

della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3;

i) **il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica**, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri **che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà**

dell'interessato, in particolare il segreto professionale;

j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.

3. I dati personali di cui al paragrafo 1 possono essere trattati per le finalità di cui al paragrafo 2, lettera h), se tali dati sono trattati da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale[3] conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza[4] conformemente al diritto dell'Unione o

---

[3] Art. 622 c.p. “Rivelazione di segreto professionale” - Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516. La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società. Il delitto è punibile a querela della persona offesa.

[4] Art. 326 c.p. Rivelazione ed utilizzazione di segreto di ufficio - Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno.

degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti.

I **dati giudiziari** sono quei dati personali idonei a rivelare i provvedimenti iscritti nel casellario giudiziario, le sanzioni amministrative dipendenti da reato ed i relativi carichi pendenti, i dati personali idonei a rivelare la qualità di indagato o di imputato. Sono esclusi dalla nozione i provvedimenti relativi a cause civili di ogni tipo e giudizi amministrativi,

---

Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni.

Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni.

mentre sono dati giudiziari i provvedimenti definitivi di condanna penale relativi a delitti e i provvedimenti di espulsione e riabilitazione dei minori.

Il Regolamento UE tratta i dati personali relativi a condanne penale e reati all'interno dell'**art. 10**, stabilendo che il trattamento di dati personali relative alle condanne penale e ai reati o le connesse misure di sicurezza sulla base dell'art. 6, par. 1 deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica oppure se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri e che preveda

garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. L'eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo da parte dell'autorità pubblica.

Il regolamento ha introdotto un livello ben superiore di responsabilità del titolare del trattamento rispetto alla direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati.

L'articolo 25 e l'articolo 32 del regolamento prevedono che i titolari del trattamento tengano conto "della natura, dell'ambito di applicazione, del

contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche".

Anziché imporre un obbligo di risultato, tali disposizioni introducono obblighi di mezzi, il che significa che il titolare del trattamento deve condurre le valutazioni necessarie e giungere alle opportune conclusioni.

Una norma chiave è l'art. 32 «**Sicurezza del trattamento**»: Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del

trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, **il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, che comprendono, tra le altre, se del caso**:

a) la pseudonimizzazione[5] e la cifratura dei dati personali;

[5] Art. 4, par. 1, n. 5) «pseudonimizzazione»: il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile.

b) la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento;

c) la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico;

d) una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento.

Nel valutare l'adeguato livello di sicurezza, si tiene conto in special modo dei rischi presentati dal

trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall'accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati.

L'adesione a un codice di condotta approvato di cui all'articolo 40 o a un meccanismo di certificazione approvato di cui all'articolo 42 può essere utilizzata come elemento per dimostrare la conformità ai requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo. Il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento fanno sì che chiunque agisca sotto la loro autorità e abbia accesso a dati personali non

tratti tali dati se non è istruito in tal senso dal titolare del trattamento, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri.

In ipotesi di omissione di tali misure di sicurezza o nel caso di inadeguatezza delle stesse ne consegue che:

(146) Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento **dovrebbe risarcire i danni cagionati a una persona da un trattamento non conforme al presente regolamento ma dovrebbe essere esonerato da tale responsabilità se dimostra che**

l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile.

Il concetto di danno dovrebbe essere interpretato in senso lato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in modo tale da rispecchiare pienamente gli obiettivi del presente regolamento. Ciò non pregiudica le azioni di risarcimento di danni derivanti dalla violazione di altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri. Un trattamento non conforme al presente regolamento comprende anche il trattamento non conforme agli atti delegati e agli atti di esecuzione adottati in conformità del presente regolamento e alle disposizioni del diritto degli Stati

membri che specificano disposizioni del presente regolamento.

Gli interessati dovrebbero ottenere pieno ed effettivo risarcimento per il danno subito. Qualora i titolari del trattamento o i responsabili del trattamento siano coinvolti nello stesso trattamento, ogni titolare del trattamento o responsabile del trattamento dovrebbe rispondere per la totalità del danno. Tuttavia, qualora essi siano riuniti negli stessi procedimenti giudiziari conformemente al diritto degli Stati membri, il risarcimento può essere ripartito in base alla responsabilità che ricade su ogni titolare del trattamento o responsabile del

trattamento per il danno cagionato dal trattamento, a condizione che sia assicurato il pieno ed effettivo risarcimento dell'interessato che ha subito il danno. **Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento che ha pagato l'intero risarcimento del danno può successivamente proporre un'azione di regresso contro altri titolari del trattamento o responsabili del trattamento coinvolti nello stesso trattamento.**

Provvedimenti e sanzioni dell'Autorità Garante in materia di protezione dati personali

Ordinanza ingiunzione nei confronti di Ministero dell'Istruzione, Ufficio Scolastico Regionale per la Campania Ufficio VI - Ambito Territoriale Di Napoli - 29 aprile 2021.

L'Autorità riceveva un reclamo in ordine alla diffusione, sul sito web istituzionale dell'Ufficio

Scolastico Regionale per la Campania - Ufficio VI - Ambito Territoriale di Napoli, di una nota (XX del XX) avente ad oggetto "XX" contenente informazioni personali anche relative alle esperienze professionali della reclamante.
Dall'istruttoria preliminare effettuata dal Dipartimento in data XX è emerso che il documento oggetto del reclamo risultava visibile e liberamente scaricabile dalla pagina del sito web dell'Ufficio scolastico.

Al riguardo, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Campania- Ufficio VI - Ambito Territoriale di Napoli,

forniva riscontro alla richiesta di informazioni dell'Autorità.

Nello specifico, la dott.ssa XX, Dirigente del richiamato Ufficio, con dichiarazione della cui veridicità risponde penalmente ai sensi dell'art. 168 del Codice, rappresentava che:

- l'ufficio "è tenuto a pubblicare per la Legge sulla trasparenza numerosi provvedimenti riguardanti graduatorie in cui sono inseriti un notevole numero di docenti, tra cui la prof. XX per la XX (XX).

Considerato che la prof. XX ritiene che non sia stata rispettata la privacy, lo Scrivente ha

immediatamente fatto rimuovere dal sito web il citato provvedimento."

Il Garante chiariva che il trattamento di dati personali effettuato da soggetti pubblici, anche quando operano nell'ambito di procedure concorsuali e selettive del personale, è lecito, solo se tale trattamento è necessario «per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento» oppure «per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento» (art. 6, par. 1, lett. c) ed e)).

La normativa europea prevede inoltre che “Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l’applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento, in conformità del paragrafo 1, lettere c) ed e), determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto (…)” con la conseguenza che, al caso di specie, risulta applicabile la disposizione contenuta nell’art. 2-ter del Codice, in base al quale l’operazione di diffusione di dati personali (come la pubblicazione in Internet), in

ambito pubblico è ammessa solo quando prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento.

Dall'accertamento compiuto sulla base degli elementi acquisiti anche attraverso la documentazione inviata dall'amministrazione scolastica e dei fatti emersi a seguito dell'attività istruttoria, nonché delle successive valutazioni, l'Ufficio ha ritenuto che l'Ambito Territoriale di Napoli pubblicando sul sito web istituzionale, accessibile dalla pagina del sito web, il richiamato documento contenente informazioni personali

riguardanti la reclamante - in assenza di un idoneo presupposto normativo per la pubblicazione di tali informazioni ai sensi dell'art. 6 del Regolamento e dell'art. 2-ter del Codice che invece ammettono la predetta possibilità da parte di soggetti pubblici solo quando la diffusione è prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento – ha determinato un'indebita diffusione di dati personali.

Pertanto, si è proceduto alla notifica delle violazioni effettuate, prevista dall'art. 166, comma 5, del Codice comunicando l'avvio del procedimento per l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 58,

paragrafo 2, del Regolamento e invitando l'amministrazione scolastica a inviare al Garante scritti difensivi o documenti ed, eventualmente, a chiedere di essere sentita dall'Autorità, entro il termine di 30 giorni (art. 166, commi 6 e 7, del Codice; nonché art. 18, comma 1, dalla legge n. 689 del 24/11/1981).

Con una nota il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione ha

fatto pervenire le considerazioni formulate dall'Ufficio VI dell'Ambito territoriale di Napoli.

In particolare, il dirigente del predetto Ufficio VI, ha specificato che:

- "In data XX con nota prot. XX (...), quest'ufficio disponeva la pubblicazione, sul sito web, dell'esito della richiesta di riesame (della reclamante), presentata in seguito all'esclusione dalle graduatorie di terza fascia d'istituto della XX. Si è ritenuto che la pubblicazione del documento sopra richiamato, così come previsto dall'art. 2 ter del codice in materia di protezione dei dati personali (D.lgs 196/03), fosse

necessaria per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico e di funzioni istituzionali, e dalla necessità di far conoscere la legittimità e la correttezza dell'azione amministrativa nella maniera più ampia e capillare possibile;

- "I presupposti legislativi e regolamentari alla luce dei quali si riteneva consentita la diffusione dei dati in esame sono rinvenibili nella normativa che disciplina le procedure concorsuali e, più in generale, le procedure finalizzate all'instaurazione di rapporti contrattuali come la formazione delle graduatorie per il conferimento delle supplenze: il

DPR 487/94 art.15 co.5, il D.lgs 165/01 art. 35, co. 3, lett. a e b nonché le “Linee guida in materia

di trattamento dei dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico del 14 giugno 2007”;

- “La reclamante “aveva presentato richiesta di inserimento nella seconda fascia di istituto per la XX, alla quale – com’è noto – si accede con la specifica abilitazione all’insegnamento.

La scuola capofila, (…), cui l’istanza era stata presentata, l’aveva inserita con decreto solo

cartaceo, senza controllare la veridicità delle dichiarazioni rese in autocertificazione".

- "La dott.ssa era quindi stata contrattualizzata sulla base di tale inserimento dall'XX, in qualità di docente di secondo grado XX. All'atto dell'assunzione la D.S. del XX aveva chiesto alla scuola capofila il dovuto controllo dei titoli; la dott.ssa, risultata priva dell'abilitazione prescritta, era stata licenziata"

- "Avverso il licenziamento la dott.ssa XX aveva proposto appello al Giudice del Lavoro, XX, risultando soccombente come da decreto di rigetto n. XX del XX".

- La reclamante “aveva quindi chiesto l’inserimento nella terza fascia di istituto per la (propria) classe di concorso a cui si accede con qualsiasi laurea purché congiunta a titoli professionali valutati da apposita commissione istituita presso gli USR (DPR 19/2016 e ss.mm.ii.). La Commissione aveva ritenuto tali titoli professionali non idonei all’inserimento e pertanto la dott.ssa, esclusa dalle graduatorie di terza fascia, aveva impugnato tale esclusione presentando richiesta di riesame”.

- “Allo stesso tempo alle istituzioni scolastiche di Napoli e provincia pervenivano dalla dott.ssa richieste di accesso agli atti, diffide al proprio

inserimento nella terza fascia degli istituti, nonché ricorsi su presunte violazioni di legge. I Dirigenti scolastici interessati, quindi, richiedevano pressantemente a questo ufficio supporto in merito".

- "Questo ufficio alla luce delle numerose richieste, considerato l'opportuno contemperamento degli interessi coinvolti, procedeva alla pubblicazione dell'esito della richiesta di riesame (della reclamante). Ciò al fine di dare la massima diffusione al provvedimento adottato, in considerazione che l'inserimento nella terza fascia di istituto è procedura demandata alle istituzioni scolastiche anche su messa a disposizione in tutto il territorio nazionale e

non gestita in maniera centralizzata. Occorreva quindi evitare un illegittimo inserimento in graduatoria (…) che avrebbe determinato lesione dei diritti dei terzi interessati".

- "La diffusione sul sito web dell'ufficio è stata dunque necessitata da precise norme di legge ed in relazione ad esigenze di tutela degli interessati coinvolti (Istituzioni scolastiche, aspiranti aventi titolo) difficilmente raggiungibili singolarmente. Trattandosi quindi di un numero di destinatari consistente, indeterminato e indeterminabile a priori, quest'ufficio è stato necessitato a pubblicare la comunicazione su sito web. È di tutta evidenza che

tale pubblicazione rispondeva alla finalità di dirimere ogni controversia sulla valutazione dei titoli ed era altresì dettata dalla necessità di uniformità della gestione della procedura sul territorio provinciale a tutela del buon andamento dell'amministrazione e della qualità del servizio erogato agli studenti".

- "Per le stesse ragioni il provvedimento è stato pubblicato comprensivo delle motivazioni

(...).

- "Riguardo poi al tempo di permanenza sul sito, si precisa che esso è stato limitato all'ambito temporale strettamente necessario al raggiungimento dello

scopo (la verifica da parte delle scuole, all'inizio dell'anno scolastico successivo, degli aspiranti aventi titolo al legittimo inserimento in graduatoria) e che alla data del 19.10.19 – come da nota prot. XX di risposta dell'ufficio VI al Garante - il provvedimento in discorso era già stato cancellato dal

Sito.

Alla luce delle valutazioni sopra richiamate, si rileva che le dichiarazioni rese dal titolare del trattamento negli scritti difensivi della cui veridicità si può essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 168 del Codice seppure meritevoli di

considerazione, **non consentono di superare i rilievi notificati dall'Ufficio con l'atto di avvio del procedimento e risultano insufficienti a consentire l'archiviazione del presente procedimento**, non ricorrendo, peraltro, alcuno dei casi previsti dall'art. 11 del Regolamento del Garante n. 1/2019.

Si evidenzia infatti che affinché uno specifico trattamento di dati personali possa essere lecitamente effettuato da parte di un soggetto pubblico, tale trattamento deve essere necessario per l'adempimento di un obbligo legale da parte del

titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri e deve trovare il proprio fondamento in una disposizione che abbia le caratteristiche di cui all’art. 2-ter del Codice.

La normativa richiamata dall’Ufficio scolastico regionale dispone la pubblicazione delle “graduatorie dei vincitori dei concorsi (...) nel Bollettino ufficiale della Presidenza del Consiglio dei Ministri o dell'amministrazione interessata (art. 15, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica, 9 maggio 1994, n. 487) e che le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si svolgano nel

rispetto dei principi di “adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento” e mediante l’“adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire” (art. 35, comma 3, del D.Lgs. 30/03/2001, n. 165) e non può pertanto costituire una base giuridica idonea a legittimare la pubblicazione, da parte dell’ufficio scolastico, dell’esito dell’istanza di riesame avanzata dalla reclamante avverso le graduatorie di terza fascia d’istituto.

Analogamente, risultano contestabili le ulteriori motivazioni addotte dall'Ufficio scolastico in base alle quali la pubblicazione della richiamata documentazione sarebbe stata "necessaria per lo svolgimento di compiti di interesse pubblico e di funzioni istituzionali" e dettata da "esigenze di tutela degli interessati coinvolti (Istituzioni scolastiche, aspiranti aventi titolo) difficilmente raggiungibili singolarmente" e "rispondeva alla finalità di dirimere ogni controversia sulla valutazione dei titoli ed era altresì dettata dalla necessità di uniformità della gestione della procedura sul territorio provinciale a tutela del buon andamento dell'amministrazione e

della qualità del servizio erogato agli studenti", ben potendo tale eventuale obiettivo, essere perseguito, conformemente alle disposizioni vigenti, con modalità meno invasive per il diritto alla riservatezza dell'interessata.

Si rappresenta pertanto che la pubblicazione in esame non può ritenersi autorizzata in quanto non risulta necessaria "per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento" o "per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del

trattamento" (art. 6, par. 1, lett. c) ed e), del Regolamento) e si rileva l'illiceità del trattamento di dati personali effettuato dal predetto ufficio per aver diffuso, tramite la pubblicazione sul sito web istituzionale, del richiamato documento, informazioni personali riguardanti l'interessata, in assenza di un idoneo presupposto normativo per la pubblicazione di tali informazioni, determinando in tal modo un'indebita diffusione di dati personali.

La valutazione: è stato considerato che la rilevata condotta, tenuta in violazione della disciplina in

materia di protezione dei dati personali, ha avuto a oggetto la diffusione dei dati personali relativi alla attività lavorativa prestata dall'interessata che sono stati diffusi in assenza di un idoneo presupposto per la pubblicazione. Si è tenuto, altresì, conto del lasso di tempo in cui i dati personali del reclamante sono stati oggetto di diffusione (circa 4 mesi)

Di contro, si è tenuto in considerazione che l'episodio è stato determinato da un comportamento colposo dovuto alla errata convinzione che la pubblicazione dei richiamati dati personali fosse dettata "da precise norme di legge" e da "esigenze di tutela degli interessati coinvolti difficilmente raggiungibili

singolarmente" e "rispondeva alla finalità di dirimere ogni controversia sulla valutazione dei titoli ed era altresì dettata dalla necessità di uniformità della gestione della procedura sul territorio provinciale a tutela del buon andamento dell'amministrazione e della qualità del servizio erogato agli studenti".

L'amministrazione scolastica inoltre si è attivata per rimuovere i dati oggetto del reclamo non appena ha avuto contezza della violazione e ha collaborato con l'Autorità nel corso dell'istruttoria

del presente procedimento al fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi.

Non risultano, inoltre, eventuali precedenti violazioni pertinenti commesse dal richiamato ufficio.

In ragione dei suddetti elementi, valutati nel loro complesso, si ritiene di dover determinare l'ammontare della sanzione pecuniaria, nella misura di euro 4.000,00 (quattromila) per la violazione degli gli artt. 5, par. 1, lett. a) e par. 2 e 6, par. 1, lett. c) ed e) e 2 e 3, lett. b) del Regolamento, nonché 2-ter, commi 1 e 3 del Codice, quale sanzione amministrativa pecuniaria ritenuta, ai sensi dell'art. 83, paragrafo 1, del Regolamento, effettiva, proporzionata e dissuasiva.

In relazione alle specifiche circostanze del presente caso, si ritiene che debba applicarsi la sanzione accessoria della pubblicazione sul sito del Garante del presente provvedimento, prevista dall'art. 166, comma 7 del Codice e art. 16 del Regolamento del Garante n. 1/2019.

Il caso del liceo Montale

In data 31 marzo 2022 diverse testate giornalistiche pubblicavano articoli relativi ad una vicenda di cronaca che ha coinvolto la dirigente di un liceo romano – identificata con il nome e cognome e con

alcune sue fotografie – e uno studente del liceo, diciottenne, successivamente alla rivelazione di una relazione sentimentale che sarebbe intercorsa tra i due sulla quale erano in corso accertamenti da parte dei competenti uffici scolastici.

Gli articoli pubblicavano diversi stralci dei messaggi che si sarebbero scambiati la dirigente e lo studente riportando dettagli relativi ai rapporti personali tra gli interessati, anche attinenti alla sfera sessuale, indugiando sulle frasi che si sarebbero scambiati e sulle circostanze dei loro incontri.

Immediatamente, in data 2 aprile 2022, interveniva l'Autorità Garante con provvedimento n. 115 del 1° aprile 2022 [9759795] e disponeva in via d'urgenza, nei confronti di La Notizia S.r.l., in qualità di titolare del trattamento, la misura della limitazione provvisoria di ogni ulteriore diffusione, anche on line, dei contenuti dei messaggi acquisiti e riportati nell'articolo sopra indicato, nonché in ogni eventuale ulteriore articolo pubblicato dalla medesima o da altre testate edite dalla medesima società.

Le motivazioni:

“VISTO l’art. 137, comma 3, del Codice, il quale dispone che in caso di diffusione o di comunicazione di dati personali per finalità giornalistiche restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 1 del medesimo Codice (dignità umana, diritti e libertà fondamentali della persona) e, in particolare, il limite dell'essenzialità dell'informazione riguardo a

fatti di interesse pubblico;

CONSIDERATO che tale principio richiamato in termini generali anche nelle Regole deontologiche (relative al trattamento dei dati personali

nell'esercizio dell'attività giornalistica" (G.U. del 4 gennaio 2019, n. 3), artt. 5 e 6) deve essere interpretato con particolare rigore con riferimento ad informazioni relative alla sfera sessuale (art. 11 delle Regole deontologiche);

RITENUTO che i dettagli descritti (e commentati) rinvenibili nei numerosi stralci di conversazioni e di messaggi riportati negli articoli nulla aggiungono in merito alla necessità di fare chiarezza sulla vicenda e sulla regolarità delle condotte ascrivibili alla dirigente scolastica, sulle quali sono in corso i dovuti accertamenti;

CONSIDERATA dunque la necessità di garantire la riservatezza e la dignità delle persone coinvolte attraverso un intervento in via d'urgenza al fine di limitare l'ulteriore diffusione di dati personali".

Tant'è che l'Autorità Garante disponeva ulteriori blocchi alla pubblicazione delle chat. Dopo La Repubblica, i provvedimenti riguardarono Openonline.it, Letto quotidiano, Il Giornale, Il Riformista, Skuola.net e La notizia giornale.

L'epilogo. Si è conclusa l'istruttoria dell'ufficio scolastico e la preside non ha violato alcuna norma

deontologica, perché non è stata dimostrata la presunta relazione con l'alunno maggiorenne. Ora potrebbe muoversi lei per ottenere un risarcimento.

La storia, dalle pagine dei quotidiani locali, ha però raggiunto velocemente una attenzione mediatica che ha messo la docente e l'intero istituto al centro delle cronache nazionali.

Il sindacato dei presidi del Lazio provava a darsi delle norme deontologiche per regolare la comunicazione all'interno degli istituti scolastici, anche alla luce della recente indagine dell'Usr Lazio attivata per

chiarire i rapporti tra la dirigente scolastica di un liceo romano e uno studente.

"Whatsapp è uno strumento molto comodo, ma proprio per questo favorisce una comunicazione fin troppo libera, bisogna frenare questo canale di comunicazione e limitare questo strumento".

Durante una riunione dei dirigenti scolastici del Lazio, che si è svolta l'8 e 9 aprile, alcuni presidi hanno riproposto un tema già caro all'Anp: **la disciplina dei codici di comportamento tra il personale scolastico, affinché non si**

sovrappongano le dimensioni professionale e personale.

Altri esempi

[doc. web n. 9810028]

Ordinanza ingiunzione nei confronti di Regione Lazio - 15 settembre 2022 - Registro dei provvedimenti

n. 304 del 15 settembre 2022

PREMESSO

1. Il reclamo e l'attività istruttoria

L’Autorità ha ricevuto un reclamo da parte della sig.ra XX nel quale si lamenta l’avvenuta ricezione di un invito da parte della Asl di Rieti a partecipare al programma di screening del tumore del collo dell’utero rivolto alla figlia della reclamante deceduta nel 1995 (invito in atti).

In relazione al predetto reclamo l’Ufficio ha chiesto informazioni con la nota dell’XX (prot. n. XX) alla Asl di Rieti in merito all’origine dei dati personali che sono stati utilizzati per inviare l’invito ad aderire alla campagna di screening e alle misure adottate per assicurare l’esattezza e l’aggiornamento delle informazioni relative ai propri assistiti utilizzate

nell’ambito delle predette campagne di sensibilizzazione.

Con nota del XX u.s. (prot. n. XX), la predetta Azienda ha affermato, tra l’altro, che la “Regione Lazio stabilisce che "Il Sistema Informativo dei Programmi di screening oncologici (SIPSOweb) istituito con delibera regionale n. G02879 del 11-03-2014 è la piattaforma regionale messa a disposizione delle strutture di screening per la gestione e il monitoraggio dei percorsi organizzati”.

Secondo quanto rappresentato dalla predetta Asl “La citata piattaforma regionale contiene già nel

database tutti i parametri necessari alla generazione degli inviti" ed "è posta sotto la piena ed esclusiva titolarità della Regione Lazio che, tecnicamente, la gestisce mediante la propria controllata LazioCREA S.p.A. I coordinamenti screening di tutte le Asl del Lazio utilizzano tale piattaforma, ma non realizzano la banca dati regionale sulla base della quale operano né possono direttamente modificarla".

Con specifico riferimento al caso segnalato all'Autorità, la predetta Asl ha evidenziato che "interrogando a sistema la scheda "dettaglio assistito" relativa alla figlia della reclamante (...) è emerso che la stessa risultava regolarmente inserita

nella piattaforma regionale con "fonte aggiornamento, XX, data inserimento XX ore XX" sia per ciò che riguarda il dato anagrafico sia l'indirizzo ove spedire l'invito a screening. Per tale ragione, sulla base delle informazioni messe a disposizione di questa Asl dalla piattaforma regionale, al momento della spedizione della missiva, non apparivano elementi ostativi all'invio dell'invito, ciò anche in considerazione del fatto che la piattaforma risultava aver subito un recente aggiornamento”

A seguito della predetta risposta, l'Ufficio ha richiesto informazioni alla Regione Lazio (nota del XX, prot. n. XX), che ha risposto con nota del XX (prot. n. XX) in cui è stato, in particolare, rappresentato che:

"la Regione Lazio con Determinazione dell'14 marzo 2014, n. G02879 (...), ha istituito il "Sistema Informativo Unico Regionale degli Screening Oncologici per i tumori della mammella, della cervice uterina e del colon retto" nel quale sono stati fatti confluire i precedenti sistemi di screening della mammella e cervice uterina (...) prevedendone la gestione unitaria tramite il software "SIPSOweb",

manutenuto e sviluppato inizialmente da Laziosalute-ASP e, a partire dal 2016, da LAZIOCrea S.p.A.”;

"L'attribuzione del ruolo di Responsabile del trattamento è stata confermata anche dopo l'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679 [...];

“titolare del trattamento sotteso al Sistema Informativo Unico Regionale degli Screening Oncologici per i tumori della mammella, della cervice uterina e del colon retto è la Regione Lazio, e che la società in-house LAZIOCrea opera in qualità di

responsabile del trattamento, mettendo a disposizione il software SIPSOWeb";

"Rispetto al trattamento in esame si osserva che le ASL sono abilitate esclusivamente alla visualizzazione dei dati (...), al fine di poter procedere all'individuazione dei soggetti cui trasmettere gli inviti allo screening realizzati e limitatamente a tale profilo operano, dunque, in qualità di autorizzati ai sensi dell'art. 29 del RGPD";

"Per completezza si rappresenta che il Sistema Informativo consente, come descritto nel Documento Tecnico "Programmi di Screening Oncologici nella

Regione Lazio" di cui al Decreto del Commissario ad Acta 14 maggio 2015, n. U00191 (...), lo svolgimento di ulteriori trattamenti, tra i quali anche la gestione dei referti delle visite realizzate per finalità di screening, svolta in qualità di autonome titolari dalle ASL, nonché per assolvere agli obblighi informativi verso il Ministero della salute, attraverso l'Osservatorio Nazione Screening, organo tecnico del Ministero".

“La base giuridica del trattamento in parola è rinvenibile all'art.6, par. 1, lett. e), del RGPD, nonché nell'art- 2-ter, comma 1-bis, del d.lgs. n. 196/2003”;

“Nel dettaglio le finalità sono: individuazione, selezione, invito rispetto alla popolazione di riferimento del programma di prevenzione; diagnosi e cura nell'ambito di percorsi diagnostico-terapeutici che prevedono accettazione dell'utenza, raccolta dell'anamnesi personale e famigliare, richiamo per ulteriori accertamenti diagnostici, prenotazione di visite ed esami, refertazione, invio esiti delle procedure diagnostiche, richiamo per analisi di follow up”;

“Con riferimento alla fattispecie oggetto di reclamo si osserva come non essendo stato registrato dal 2005 in poi alcun accesso all'anagrafica della figlia della reclamante, né alcuna modifica era stata apportata dal SistemaTS, l'erronea iniziale importazione nel Sistema Informativo dei dati anagrafici dell'interessata era sfuggita a entrambi i controlli. Ad oggi le pratiche soggette a errori di sincronizzazione automatizza (sincrona e asincrona) delle anagrafiche sono solo lo 0,3% dei casi totali, che possono essere comunque gestite mediante intervento manuale dell'operatore”;

“Al riguardo si osserva, infatti, che già a seguito della prima comunicazione trasmessa da codesta Autorità alla ASL di Rieti relativa al reclamo, LAZIOCrea ha provveduto alla verifica della posizione della figlia della reclamante sul sistema ASUR che, effettuando un'interrogazione mirata sulla banca dati del SistemaTS, ha recepito e aggiornato in automatico il dato anagrafico relativo al decesso della stessa in data XX alle ore XX.

L'aggiornamento manuale operato sul sistema ASUR ha comportato, conseguentemente, l'aggiornamento

automatico del dato anagrafico anche sul software SIPSOweb";

"Si evidenzia, al riguardo, che se la reclamante avesse esercitato il diritto di rettifica nei termini di cui all'informativa in forma breve contenuta nella lettera di invito al programma di screening la stessa avrebbe avuto una più immediata e tempestiva tutela";

"Le informazioni sulle modalità di trattamento svolto ai fini dell'informazione e della sensibilizzazione ai programmi di screening sono rese in forma breve, ai sensi dell'art. 12 del RGPD, all'interno della lettera

di invito (cfr. format lettera invito - allegato 6)". Inoltre, al momento dell'eventuale adesione al programma di screening, le Aziende Sanitarie Locali rendono l'informativa integrale sul trattamento dei dati personali nell'attività screening oncologico ai sensi dell'art. 13 del RGPD".

In relazione alle risultanze della predetta attività istruttoria, l'Ufficio, con atto n. XX del XX, ha notificato alla Regione Lazio, ai sensi dell'art. 166, comma 5, del Codice, l'avvio del procedimento per l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 58, par. 2, del Regolamento, invitando il predetto titolare a produrre al Garante scritti difensivi o documenti

ovvero a chiedere di essere sentito dall'Autorità (art. 166, commi 6 e 7, del Codice; nonché art. 18, comma 1, dalla legge n. 689 del 24/11/1981).

In particolare, l'Ufficio ha evidenziato che il trattamento dei dati personali posto in essere dalla Regione Lazio risulta essere stato effettuato in violazione dei principi di liceità, correttezza e trasparenza e di esattezza del dato (art. 5, par. 1 lett. a), e d) del Regolamento), nonché delle disposizioni concernenti: la responsabilità del titolare del trattamento (art. 24 del Regolamento), le basi giuridiche del trattamento (artt. 6 e 9 del Regolamento), le informazioni da fornire agli

interessati e l'esercizio dei diritti da parte degli interessati (artt. art. 12, 13 e 14 del Regolamento).

In particolare, è stato rilevato che non sono stati correttamente individuati i ruoli ricoperti dai soggetti che a vario titolo trattano dati personali attraverso il suddetto sistema informativo (SIPSOweb) in considerazione del fatto che, in base alla normativa vigente in materia di programmi di prevenzione sanitaria, alla Regione sono attribuite funzioni di programmazione dell'offerta di prevenzione, mentre alle aziende sanitarie quella di erogazione della prestazione sanitaria (cfr., da ultimo, Piano

nazionale della Prevenzione (PNP) 2021-2025 e Piano Regionale della Prevenzione (PRP) 2021-2025).

Con nota del XX (prot. n. XX) la Regione Lazio ha inviato scritti difensivi rappresentando in particolare di aver adottato la Determinazione Regionale il 23 marzo 2022 n. G03463 nella quale ha dichiarato di aver "accolto i rilievi sollevati da Codesta Autorità" con lo scopo di "ricondurre il trattamento dei dati personali all'interno del perimetro normativo".

Sul punto è stato inoltre evidenziato che:

• “si è compresa la complessità del disallineamento e allo scopo di ridurre al massimo il rischio di ulteriori inesattezze sui dati personali, Lazio Crea Spa ha eseguito in due fasi, una verifica massiva sulla sincronizzazione dei dati personali di tutti gli assistiti presenti nella piattaforma SIPSOweb con il Sistema ASUR:

• Fase 1 - Verifica situazione Decessi

• Fase 2 - Verifica di tutti i dati Anagrafici”;

• “l'episodio oggetto del reclamo possa essere qualificato come eccezionale, poiché il mancato aggiornamento del dato sulla piattaforma SIPSOweb

è dipeso dalla mancata acquisizione della variazione anagrafica sul sistema ASUR";

- "Lazio Crea, a seguito del reclamo, ha avviato tutte le azioni necessarie a identificare, valutare e risolvere il problema specifico, provvedendo immediatamente a verificare tutte le altre anagrafiche presenti nella piattaforma SIPSOweb, allo scopo di ridurre al minimo il rischio di ulteriori episodi analoghi";
- "Si evidenzia, infine, che, per garantire una maggiore accuratezza nella gestione delle informazioni anagrafiche delle persone aventi diritto ai programmi di screening oncologici, è

assolutamente necessario e non più procrastinabile la possibilità di utilizzo dell'Anagrafe Nazionale Popolazione Residente (ANPR) da parte delle Regioni. Solo attraverso l'accesso diretto a tale sistema informatico, si potrà garantire l'esattezza del dato".

Conclusioni del Garante

Alla luce delle valutazioni sopra richiamate, tenuto conto delle dichiarazioni rese dal titolare del trattamento nel corso dell'istruttoria e considerato che, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, in un procedimento dinanzi al Garante,

dichiara o attesta falsamente notizie o circostanze o produce atti o documenti falsi ne risponde ai sensi dell'art. 168 del Codice “Falsità nelle dichiarazioni al Garante e interruzione dell’esecuzione dei compiti o dell’esercizio dei poteri del Garante” si rappresenta che gli elementi forniti dal titolare del trattamento nelle memorie difensive relative ai richiamati procedimenti non consentono di superare i rilievi notificati dall’Ufficio con gli atti di avvio dei procedimenti per l’adozione dei provvedimenti correttivi e sanzionatori, non ricorrendo, peraltro, alcuno dei casi previsti dall’art. 11 del Regolamento del Garante n. 1/2019.

Per tali ragioni si rileva l'illiceità del trattamento di dati personali effettuato dalla Regione Lazio con riferimento al procedimento avviato a seguito del reclamo, nei termini di cui in motivazione, in particolare, per aver trattato dati personali in violazione dei principi di liceità, correttezza e trasparenza e di esattezza del dato (art. 5, par. 1 lett. a), e d) del Regolamento) e delle disposizioni concernenti: la responsabilità del titolare del trattamento (art. 24 del Regolamento), le basi giuridiche del trattamento (artt. 6 e 9 del Regolamento), le informazioni da fornire agli

interessati e l'esercizio dei diritti da parte degli interessati (artt. art. 12, 13 e 14 del Regolamento).

In tale quadro, considerando quanto previsto dalla Regione nella richiamata delibera del 23 marzo 2022, **si ritiene di dover ingiungere alla predetta Regione**, ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. d), del Regolamento, **le seguenti misure correttive** da adottarsi entro 90 giorni dall'adozione del presente provvedimento:

- effettuare una corretta identificazione dei ruoli, delle finalità del trattamento e delle basi giuridiche dello stesso come indicato nei paragrafi 2.1 e 2.2 del

presente provvedimento, provvedendo, di conseguenza, anche alla revisione della richiamata determina del

23.3.2022;

- modificare e integrare le informazioni da rendere agli interessati coinvolti nelle campagne di screening regionali secondo quanto indicato nel par. 2.3 del presente provvedimento, provvedendo, anche in relazione a tale aspetto, a modificare in senso uniforme la richiamata determina del 23.3.2022 e i relativi allegati.

Adozione dell'ordinanza ingiunzione per l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria e delle sanzioni accessorie (artt. 58, par. 2, lett. i e 83 del Regolamento; art. 166, comma 7, del Codice).

La predetta sanzione amministrativa pecuniaria inflitta, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso, va determinata nell'ammontare tenuto conto dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività, indicati nell'art. 83, par. 1, del Regolamento, alla luce degli elementi previsti all'art. 85, par. 2, del Regolamento in relazione ai quali per entrambi i procedimenti si osserva che:

- l'Autorità ha preso conoscenza dell'evento a seguito di un reclamo (art. 83, par. 2, lett. h) del Regolamento);

- il trattamento illecito riguarda una paziente minore deceduta e, per taluni aspetti, dati sulla salute di oltre 5 milioni di assistiti interessati da programmi di screening regionali (art. 83, par. 2, lett. a) e g) del Regolamento);

- la Regione Lazio ha nel corso dell'istruttoria provveduto alla cancellazione dei dati della figlia della reclamante e verificato le altre anagrafiche presenti nella piattaforma SIPSOweb, allo scopo di

ridurre al minimo il rischio di ulteriori episodi analoghi (art. 83, par. 2, lett. c) e f) del Regolamento);

- non risultano precedenti violazioni specifiche e pertinenti commesse dalla Regione Lazio analoghe a quella oggetto di contestazione (art. 83, par. 2, lett. e), del Regolamento);

- la Regione Lazio ha nel corso dell'istruttoria adottato la delibera del 22 marzo 2022 con l'intenzione di superare i rilievi formulati dall'Ufficio che tuttavia permangono come indicato nel paragrafo 2 del presente provvedimento (art. 83, par. 2, lett. c) e f) del Regolamento);

- in merito alla non corretta individuazione dei ruoli del trattamento da parte della Regione Lazio l'Autorità è già intervenuta con il provvedimento sanzionatorio del 14 gennaio 2021, n. 9 (art. 83, par. 2, lett. d) e i) del Regolamento);

In ragione dei suddetti elementi, valutati nel loro complesso, si ritiene di determinare l'ammontare della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 83, par. 5, lett. a) del Regolamento, per la violazione degli artt. 5, par. 2, lett. a) e d), 6, 9, 12, 13, 14 e 24 del Regolamento nella misura di 100.000 euro (centomila) quale sanzione amministrativa

pecuniaria ritenuta, ai sensi dell'art. 83, par. 1, del Regolamento, effettiva, proporzionata e dissuasiva.

Si ritiene, altresì, che debba applicarsi la sanzione accessoria della pubblicazione sul sito del Garante del presente provvedimento, prevista dall'art. 166, comma 7 del Codice e art. 16 del Regolamento del Garante n. 1/2019, anche in considerazione della tipologia di dati personali oggetto di illecito trattamento.

Ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda Socio Sanitaria Territoriale Rhodense – 21 luglio 2022 Registro dei provvedimenti n. 263 del 21 luglio 2022

PREMESSO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Rhodense con sede in Garbagnate Milanese (MI), ha notificato all'Autorità due violazioni di dati personali, ai sensi dell'art. 33 del Regolamento, in data XX e in data XX, aventi ad oggetto, rispettivamente:

a) lo “smarrimento parziale di cartella clinica relativa a paziente ricoverata dal XX presso il Presidio Ospedaliero di Garbagnate Milanese. (…) Nello specifico (…) è stata smarrita la diaria medica cartacea, riportante la descrizione delle condizioni cliniche quotidiane e il foglio di consenso all'esecuzione della procedura diagnostica (paracentesi)”;

b) lo “smarrimento della documentazione clinica di un paziente, presso il reparto di Chirurgia del P.O. di

Garbagnate Milanese, (…) alla chiusura della cartella in data XX".

L'Ufficio, in ordine alle fattispecie sopra descritte, sulla base di quanto rappresentato dal titolare del trattamento nei rispettivi atti di notifica di violazione, nonché delle successive valutazioni, ha notificato all'Azienda, ai sensi dell'art. 166, comma 5, del Codice, l'avvio dei procedimenti […]

L'Azienda ha fatto pervenire le proprie memorie difensive.

In particolare:

a) con riferimento alla prima vicenda [...] ha dichiarato che:

- “Il parziale smarrimento di cui trattasi parrebbe essere imputabile a mero errore umano, avente carattere colposo, atteso che come si legge nella nota del Direttore dell’U.O. di Medicina Interna del XX (...) risulta tracciato, da tempo, un preciso percorso della cartella clinica nel periodo seguente la dimissione presso l’U.O. di Medicina Interna dell’ASST Rhodense”;

- “La cartella clinica, prima di essere archiviata, osserva tre livelli di controllo: viene verificata dal

Medico in esito alla dimissione del paziente e, conseguentemente alla verifica, il Medico consegna la cartella alla Segreteria dell'U.O. ove viene effettuato ulteriore controllo. Esperiti i controlli di rito presso il Reparto la Cartella Clinica viene infine consegnata alla Direzione Medica di Presidio dove viene ulteriormente esaminata, per verifica di completezza, dall'Ufficio S.D.O. Nel caso di specie lo smarrimento parziale della Cartella Clinica n.5093, riferita al ricovero della (paziente) (...), è stato rilevato quando sono state eseguite le verifiche di rito per il controllo di completezza della documentazione da parte del Medico dimettente che, rilevato il parziale

ammanco di documentazione, ha allertato la Segreteria dell'U.O. di Medicina Interna";

- "Il Direttore dell'U.O. di Medica Interna con nota del XX (...), riferisce: "In relazione allo smarrimento di parte della documentazione clinica sottopongo all'attenzione la possibilità che trattasi di evento del tutto imprevedibile nell'ambito di un percorso estremamente organizzato. Nell'U.O. sono gestiti mediamente oltre 1800 pazienti all'anno e nel recente periodo pandemico che ha visto oltre 3000 pazienti curati dai reparti di Medicina non si sono mai verificate, a conoscenza, dissinergie sulla conservazione dei documenti sanitari"";

- “(…) nel periodico incontro organizzativo presso il Reparto ove è stata ricoverata la (…) (paziente) è stato rivisto l’episodio occorso con analisi di processi migliorativi, e con assunzione di ribadire l’impegno di processi migliorativi anche nella riunione dell’U.O. di Medicina Interna calendarizzata il XX” […]

b) in relazione alla seconda vicenda sopra rappresentata (cfr. punto 1, lett. b)), l’Azienda, con nota e allegati inviati via PEC in data XX, oltre a ribadire quanto già comunicato nella notifica di

violazione effettuata ai sensi dell'art. 33 del Regolamento, ha evidenziato, fra altro,

che:

- "Con nota del XX la Direzione Medica del P.O. di Garbagnate trasmetteva all'Ufficio Privacy la denuncia sporta presso il Comando dei Carabinieri di Garbagnate Milanese (...) per pronta evidenza dell'Autorità, e al fine di consentire l'espletamento di ogni conseguente azione";

- "Lo smarrimento di cui trattasi parrebbe essere imputabile a mero errore umano, avente carattere colposo, atteso che (...) risulta tracciato, da tempo,

un preciso percorso della cartella clinica nel periodo seguente la dimissione del paziente presso l'U.O. di Chirurgia dell'ASST Rhodense";

- "Nel caso di specie lo smarrimento della Cartella Clinica (...), riferita al ricovero della (...) (paziente), è stato rilevato quando sono state eseguite le verifiche di rito per il controllo di completezza della documentazione da parte del Medico dimettente che, rilevato l'ammanco di documentazione, ha allertato il Coordinatore Infermieristico";

- "Al fine di rinvenire la cartella smarrita sono state eseguite diverse perlustrazioni anche al di fuori del

Reparto presso cui era stata ricoverata la paziente, ricerche ancorché prolungate e insistenti risultate poi infruttuose";

- "L'evento è stato anche oggetto di analisi in seno a un incontro straordinario tenutosi presso il Reparto ove è stata ricoverata la (...) (paziente) incontro ulteriore rispetto a quelli di ordinaria programmazione e durante il quale è stata ribadita anche la necessità di preciso rispetto della già esistente procedura vigente sin dal XX e riferita alla catena di tracciabilità".

All’esito dell’istruttoria, l’Autorità Garante tenuto conto delle dichiarazioni rese dal titolare del trattamento nel corso dell’istruttoria ha accertato l’illiceità del trattamento di dati personali effettuato dall’Azienda Socio Sanitaria Territoriale Rhodense in violazione degli artt. 5, par. 1, lett. f) e 32 del Regolamento.

In tale quadro, considerato, che l’Azienda ha adottato, a seguito degli eventi occorsi, ulteriori misure tecniche e organizzative ritenute necessarie per scongiurare futuri analoghi accadimenti e, comunque, per ridurre al minimo l’errore umano, non ricorrono i presupposti per l’adozione di

provvedimenti, di tipo prescrittivo o inibitorio, di cui all'art. 58, par. 2, del Regolamento.

Tuttavia, ha inflitto una sanzione amministrativa pecuniaria tenendo conto delle circostanze di ogni singolo caso e dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività, indicati nell'art. 83, par. 1, del Regolamento, alla luce degli elementi previsti all'art. 83, par. 2, del Regolamento in relazione ai quali, per il caso di specie, si osserva che:

- l'Autorità ha preso conoscenza degli eventi occorsi a seguito delle notifiche di violazione dei dati personali effettuate dal titolare e non sono

pervenuti reclami o segnalazioni al Garante su quanto accaduto (art. 83, par. 2, lett. h) e k) del Regolamento);

- il trattamento dei dati effettuato dall'Azienda riguarda dati idonei a rilevare informazioni sulla salute di un solo interessato per ciascuna delle due ipotesi di violazione (art. 4, par. 1, n. 15 del Regolamento e art. 83, par. 2, lett. a) e g) del Regolamento);
- sotto il profilo riguardante l'elemento soggettivo non emerge alcun atteggiamento intenzionale da parte del titolare del trattamento posto che quest'ultimo ha evidenziato in entrambi i casi che

le violazioni sono avvenute accidentalmente (art. 83, par. 2, lett. b) del Regolamento);

- l'Azienda si è tempestivamente premurata di prendere in carico la problematica introducendo soluzioni correttive volte a ridurre al minimo l'errore umano e dunque la replicabilità degli stessi eventi occorsi (art. 83, par. 2, lett. c del Regolamento);
- il titolare ha dimostrato un buon grado di cooperazione con l'Autorità al fine di porre rimedio alle violazioni e attenuarne i possibili effetti negativi (art. 83, par. 2, lett. f) del Regolamento);
- nei confronti della Azienda medesima non è stato in precedenza adottato alcun provvedimento per

violazioni pertinenti (art. 83, par. 2, lett. e) del Regolamento).

In ragione dei suddetti elementi, valutati nel loro complesso, si ritiene di determinare l'ammontare della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 83, par. 4, lett. a) e par. 5, lett. a) del Regolamento, nella misura di euro 3.000,00 (tremila).

Si ritiene, altresì, che, debba applicarsi la sanzione accessoria della pubblicazione sul sito del Garante del presente provvedimento, prevista dall'art. 166, comma 7, del Codice e art. 16 del Regolamento del Garante n. 1/2019, anche in considerazione della tipologia di dati personali oggetto di illecito

trattamento.

Responsabilità civile

Un angolo di visuale interessante per approfondire il tema del danno civile è quello degli artt. dal 15 al 22 del Regolamento che contengono i diritti dell'interessato la cui violazione determina la responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali.

Da ritenersi ancora attuali sono i principi sanciti dalla giurisprudenza di legittimità anche prima dell'emanazione del Regolamento UE.

La Suprema Corte ha chiarito che “il diritto ad esigere una corretta gestione dei propri dati personali, pur rientrante nei diritti fondamentali di cui all’art. 2 Cost. non è un totem al quale possano sacrificarsi altri diritti altrettanto rilevanti sul piano costituzionale (Cass. civ. sez. III, 20 maggio 2015, n. 10280), sicché **le norme sulla tutela dei dati personali vanno coordinate e bilanciate con le norme costituzionali che tutelano altri e prevalenti diritti e con le norme ordinarie applicabili al singolo caso.**

La sentenza appena illustrata in massima costituisce orientamento consolidato ed è un angolo di visuale interessante per approfondire il tema della responsabilità civile.

Sempre secondo (Cass. civ. sez. III, 20 maggio 2015, n. 10280) stabilire dunque se un soggetto pubblico o privato abbia o meno violato le regole legali sulla gestione dei dati altrui impone di interpretare queste ultime bilanciando gli interessi da esse tutelati con gli altri interessi costituzionalmente protetti potenzialmente in conflitto col diritto alla riservatezza.

Questo delicato equilibrio costituisce la bussola per orientare l'interprete al fine della qualificazione di una determinata fattispecie di presunto illecito trattamento dei dati personali come responsabilità civile o meno.

Nella medesima prospettiva, il legislatore comunitario specifica nel nuovo Regolamento europeo sulla protezione dei dati che "il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta ma va considerato alla luce della funzione sociale e va contemperato con altri

diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità (considerando n. 4).

Vi è un approccio pragmatico, operativo, funzionale da parte della giurisprudenza, in base al quale i giudici non si soffermano sulla natura della responsabilità civile (es. oggettiva o per colpa), ma è concentrato sul nesso di causalità e sull'onere della prova. **Vi è un atteggiamento di favore nei confronti del danneggiato. Il convenuto è onerato della prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.**

(Cass. civ. sez. I, 25 gennaio 2017, n. 1931): “ricostruita in termini di colpa presunta o di responsabilità oggettiva, non vi è dubbio che l’affermazione della responsabilità dell’esercente l’attività pericolosa, ai sensi dell’art. 2050 c.c.[6], richieda comunque l’accertamento della sussistenza di un nesso di causalità tra l’attività e il danno patito dal terzo”; Cass., 23 maggio 2016, n. 10638; Cass., 10 marzo 2006, n. 5254.

---

[6] Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

Sebbene la giurisprudenza italiana non assuma una posizione univoca in merito alla natura pericolosa delle operazioni di trattamento dei dati (la sentenza del 2017 ritiene che sia orientamento maggioritario la ricostruzione in termini di colpa presunta della responsabilità di cui all'art. 2050), il ragionamento di quella più sensibile al tema può trovare rappresentazione nel passo riprodotto

"il diritto alla riservatezza (o all'intimità della sfera privata dell'individuo) appare, ben più di altri aspetti di tutela della personalità, strettamente collegato alle profonde trasformazioni operate dalla società industriale e post-industriale [...] Ma è soprattutto

l'incessante progresso tecnologico, con il perfezionamento (e la pericolosità) dei mezzi di comunicazione di massa e degli strumenti di raccolta dei dati e notizie che, attraverso inedite, per il passato del tutto impensabili, e talora gravissime, aggressioni agli aspetti più intimi della personalità, richiede necessariamente l'individuazione di più adeguate ed efficaci difese" (Cass. civ, sez. I, 19 maggio 2014, n. 10947, Cass. civ., sez. I, 13 maggio 2015, n. 9785).

E abbiamo visto come il nuovo Regolamento aggrava la responsabilità del titolare del trattamento in ragione dell'incessante progresso tecnologico.

Responsabilità penale

Art. 167 (Trattamento illecito di dati) – TU Privacy

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, **chiunque**, **al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato**, operando in violazione di quanto disposto dagli articoli 123, 126 e 130 o dal provvedimento di cui all'articolo 129

arreca nocumento all'interessato, **è punito con la reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi.**

2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 2-sexies e 2-octies, o delle misure di garanzia di cui all'articolo 2-septies ((...)) arreca nocumento all'interessato, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pena di cui al comma 2 si applica altresì a chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato, procedendo al trasferimento dei dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale al di fuori dei casi consentiti ai sensi degli articoli 45, 46 o 49 del Regolamento, arreca nocumento all'interessato.

4. Il Pubblico ministero, quando ha notizia dei reati di cui ai commi 1, 2 e 3, ne informa senza ritardo il Garante.

5. Il Garante trasmette al pubblico ministero, con una relazione motivata, la documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento nel caso in cui emergano elementi che facciano presumere la esistenza di un reato. La trasmissione degli atti al pubblico ministero avviene al più tardi al termine dell'attività di accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui al presente decreto.

6. Quando per lo stesso fatto è stata applicata a norma del presente codice o del Regolamento a carico dell'imputato o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria dal Garante e questa è

stata riscossa, la pena è diminuita.

Art. 167-bis (Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala).

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque comunica o diffonde al fine di trarre profitto per sé o altri ovvero al fine di arrecare danno, un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala, in violazione degli articoli

2-ter, 2-sexies e 2-octies, è punito con la reclusione da uno a sei anni.

2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine trarne profitto per sé o altri ovvero di arrecare danno, comunica o diffonde, senza consenso, un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala, è punito con la reclusione da uno a sei

anni, quando il consenso dell'interessato è richiesto per le operazioni di comunicazione e di diffusione.

3. Per i reati di cui ai commi 1 e 2, si applicano i commi 4, 5 e 6

dell'articolo 167.

Art. 167-ter (Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine trarne profitto per sé o altri ovvero di arrecare danno, acquisisce con mezzi fraudolenti un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di

trattamento su larga scala è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

2. Per il reato di cui al comma 1 si applicano i commi 4, 5 e 6 dell'articolo 167.

Art. 168 (Falsità nelle dichiarazioni al Garante e interruzione dell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in un procedimento o nel corso di accertamenti dinanzi al Garante, dichiara o attesta falsamente notizie o circostanze o produce atti o

documenti falsi, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

2. Fuori dei casi di cui al comma 1, è punito con la reclusione sino ad un anno chiunque intenzionalmente cagiona un'interruzione o turba la regolarità di un procedimento dinanzi al Garante o degli accertamenti dallo stesso svolti.

Art. 170 (Inosservanza di provvedimenti del Garante).

1. Chiunque, ((non osservando)) il provvedimento adottato dal Garante ai sensi degli articoli 58,

paragrafo 2, lettera f) del_Regolamento, dell'articolo 2-septies, comma 1, nonché i_provvedimenti generali di cui all'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo di attuazione dell'articolo 13 della legge 25 ottobre 2017, n. 163, arreca un concreto nocumento a uno o più soggetti interessati al trattamento è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da tre mesi a due anni.

Art. 171(Violazioni delle disposizioni in materia di controlli a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori).

1. La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 4, comma 1, e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300, è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della medesima legge.

Art. 172

(Pene accessorie)

1. La condanna per uno dei delitti previsti dal presente codice importa la pubblicazione della sentenza, ai sensi dell'articolo 36, secondo e terzo comma, del codice penale.

Lo stato dell'arte

Anche l'attività difensiva può essere fortemente limitata proprio in virtù della normativa in materia di protezione dei dati personali invocata come motivo ostativo al diritto di accesso esercitato ai sensi della L. 241/1990

Legione Carabinieri Lazio

Compagnia di Latina

[redacted]

OGGETTO: RICHIESTA DI ACQUISIZIONE IN COPIA SEMPLICE DI DOCUMENTAZIONE EX ART.391 QUATER C.P.P.

A [redacted]

E, PER CONOSCENZA:

ALLA PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE

In esito alle allegate istanze, avanzate da Codesti Difensori nell'ambito del procedimento penale [redacted], instaurato presso la Procura della Repubblica di [redacted], si comunica che le richieste d'accesso datate 20 giugno e 26 settembre 2022 non possono trovare accoglimento in considerazione della tutela dei dati sensibili (artt.59 e 60 D.Lgs. 196/2003) ed ai regolamenti che sottraggono all'accesso atti amministrativi di particolare interesse (ex art.24 co.6 L.241/1990), competendo all'Autorità Giudiziaria la valutazione circa la prevalenza dell'esigenza investigativa su quella di riserbo, in ottemperanza a quanto disposto dagli artt.367 e 368 del c.p.p.

Inoltre, in relazione alle richieste di cui al punto a) delle indicate missive, queste non solo presuppongono la mancata tutela dei dati sensibili ma anche l'onere di originare una nuova documentazione[1], allo stato non presente agli atti d'ufficio, oltre al danno che conseguirebbe alla divulgazione di dati relativi alle autovetture, ossia il deupaperamento di parte del patrimonio mobile dell'Arma che comprometterebbe, mediante la divulgazione, i parametri di riservatezza intrinsechi legati alle autovetture con targhe di copertura, che diverrebbero, di fatto, non più utilizzabili.

Questura di [redacted]

Divisione Polizia Anticrimine

Ufficio Misure di Prevenzione

[redacted]

OGGETTO: [redacted]

Richiesta accesso agli atti amministrativi ex L.241/90 in ordine all'irrogazione di misure di prevenzione dal [redacted]

[redacted]

In riferimento alla richiesta di accesso agli atti amministrativi qui pervenuto in data 26.09.2022, in allegato si trasmettono gli atti ostensibili di cui al procedimento amministrativo in argomento, corredati da decreto di accesso agli atti odierno ed in particolare:

- [redacted]

Questura di [redacted]

Divisione Polizia Anticrimine

Ufficio Misure di Prevenzione

[redacted]

OGGETTO: [redacted]

Richiesta accesso agli atti amministrativi ex L.241/90 in ordine all'irrogazione di misure di prevenzione [redacted]

[redacted]

Si fa riferimento alla richiesta pervenuta a questi Uffici in data 26.09.2022 con cui si formula istanza di formale accesso agli atti nel procedimento indicato in oggetto.
Al riguardo, si informa che l'art. 24 della legge a margine citata, novellato dall'art 16 della legge 11 febbraio 2005 n. 15, esclude il diritto di accesso ai documenti allorquando sorge l'esigenza di salvaguardia dell'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità.

In materia è intervenuto successivamente per le necessarie tutele del cittadino il Decreto del Ministero dell'Interno 10 Maggio 1994 n. 415 (modificato dal Decreto Ministeriale 17 novembre 1997 n. 508) che, all'art. 3 elenca nello specifico le categorie di documenti inaccessibili per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero ai fini di prevenzione e repressione della criminalità. Si riporta per pronta consultazione lo stralcio di interesse:

lettera a) *relazioni di servizio ed altri atti o documenti presupposto per l'adozione degli atti o provvedimenti dall'autorità nazionale e della altre autorità di pubblica sicurezza, nonché degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza, ovvero inerenti all'attività di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione della criminalità, salvo che si tratti di documentazione che, per disposizione di legge o di regolamento, debba essere unita a provvedimenti o atti soggetti a pubblicità;*

lettera c) *quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini".*

A tale scopo, a mente delle tutele su indicate si evidenzia che per le ragioni di seguito indicate non si può dare corso all'ostensione delle eventuali testimonianze di persone informate dei fatti poiché trattasi di *"atti idonei a rilevare tecniche investigative ed identità delle fonti di informazione"* con rischi per l'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini eventualmente esperibili in futuro (Cons.St. Sez. IV, 30 giugno 1998 n.1006 - TAR Campania sez: V,14 giugno 2006, n.6985).

Un altro esempio:

Simulazione - Esercitazione in aula

Dopo una breve esposizione del fatto…

l'art. 167 del vecchio D.lgs. n. 196/2003 richiamava anche altre ipotesi di violazione dei dati e non solo quelle escluse dal pubblico ministero (ovvero la violazione degli artt. 18, 19, 23, 17, 20, 21, 22, commi 8 e 11), punite, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, qualora abbiano arrecato ad altri un danno o se dal fatto sia derivato nocumento, quale, con ogni probabilità, potrebbe essere il subire un procedimento disciplinare.

Sul punto, occorre osservare che la normativa in materia di protezione dei dati personali è stata innovata dal Regolamento

europeo n. 679/2016 (GDPR) in vigore dal 25 maggio 2018. Il testo normativo appena richiamato ha confermato e rafforzato principi già esistenti nel precedente Codice privacy che, pertanto, sono da considerare ancora vigenti.

Dal combinato disposto delle norme su richiamate deriva, dunque, che il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzati da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite (art. 20, comma 1).

Inoltre, i soggetti pubblici devono conformare il trattamento dei dati sensibili e giudiziari secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato; nel fornire l'informativa di cui all'articolo 13,

poi, i soggetti pubblici fanno espresso riferimento alla normativa che prevede gli obblighi o i compiti in base alla quale è effettuato il trattamento dei dati sensibili e giudiziari, mentre i dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi (art. 22, commi 1, 2 e 8).

In particolare, l'art. 11, comma 1 disponeva che i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non potessero essere utilizzati.

Infine, la diffusione (ma anche la mera comunicazione) erano (e sono tuttora) vietate, oltre che in caso di divieto disposto dal Garante o dall'autorità giudiziaria, anche in riferimento a dati personali dei quali è stata ordinata la cancellazione, e se trattati per finalità diverse da quelle indicate nella notificazione del trattamento.

In perfetta continuità normativa, si pone il riformato art. 167 (rubricato "Trattamento illecito dei dati" del D.lgs. n. 196/2003, come modificato dal D.lgs. n.101/2018), al fine di adeguare la normativa nazionale al Regolamento europeo; invero, il comma 2 del suddetto articolo – proprio con riferimento al trattamento di dati sensibili –, richiamando la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 2-sexies e 2-octies, o delle misure di garanzia di cui all'articolo 2-septies ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo 2-quinquiesdecies, non fa altro che ribadire i medesimi principi e diritti già sanciti dalla precedente normativa.

Nel caso che ci occupa, la cancellazione è stata impossibile da attuare in quanto la denunciante, senza alcuna preventiva informativa, non ha potuto nemmeno opporsi al trattamento di

tale dato; inoltre, la finalità indicata per il trattamento è stata completamente ignorata e disattesa, visto l'utilizzo del verbale della commissione medica nel procedimento disciplinare e non già solo nel giudizio civile pendente.

TRIBUNALE DI NOCERA INFERIORE

sezione unica penale

ORDINANZA DI RIGETTO DELLA RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE A SEGUITO DI OPPOSIZIONE

(art. 409 e 410 c.p.p.)

Il G.I.P., dott[redacted]
a scioglimento della riserva assunta all'udienza camerale del 7.4.2022, nel procedimento penale a carico di IGNOTI, in cui p.o. [redacted], iscritto per il reato di cui all'art. 323 c.p.;
precisato come l'udienza camerale sia stata fissata a seguito di opposizione a seguito di richiesta di archiviazione del 29.7.2021.
All'udienza camerale, il P.M non compariva, la Difesa della p.o. si riportava sostanzialmente all'atto di opposizione e ne chiedeva l'accoglimento; il Giudice si riservava.

OSSERVA

Al termine delle indagini preliminari, il P.M. chiedeva l'archiviazione formulando condivisibili considerazioni in ordine al reato di cui all'art. 323 c.p. (peraltro, nemmeno contestate dal difensore nell'atto di opposizione).
Di contro, poco convincenti appaiono le considerazioni da questi svolte in ordine a possibili illeciti relativi al T.U. Privacy in relazione all'utilizzo di dati sanitari della [redacted] nell'ambito del procedimento disciplinare contro di lei intentato dal Comune di [redacted] e, soprattutto, non condivisibile l'affermazione di non poter iscrivere alcun nominativo al registro notizie di reato.
In particolare, i P.M. si limitava a prendere in considerazione esclusivamente il disposto dell'art. 167, co. I, obliterando, tuttavia, ogni valutazione in ordine alla più pertinente ipotesi di cui al successivo co. 2, da leggersi in combinato disposto con l'art. 9 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e con l'art. 2-*septies* T.U. Privacy.
Orbene, lo scrivente ritiene di non poter allo stato accogliere la richiesta del P.M., dovendo questi, procedere all'acquisizione di tutta la documentazione concernente l'avvio del procedimento disciplinare, anche al fine di individuarne i promotori responsabili, e procedere alla loro eventuale iscrizione al registro delle notizie di reato, avendo questi utilizzato, per fini non legittimi, i dati riservati della p.o. (in particolare, al di fuori dei casi di utilizzabilità elencati dall'art. 9, § 2 del richiamato Regolamento).

P.Q.M.

Letti gli artt. 409 e 410 c.p.p., rigetta, allo stato, la richiesta di archiviazione, ordinando al Pubblico Ministero di svolgere le nuove indagini di cui alla parte motiva, anche alla luce delle valutazioni in diritto svolte, nel termine di mesi 3 dalla comunicazione del presente atto.

Grazie

gadalia@unisa.it