

Lotta alla corruzione e responsabilità penale delle società nel diritto inglese

Indice

Capitolo I

L'evoluzione della *corporate criminal liability* nel diritto inglese

1.1. L'immunità penale delle *corporations* nella disciplina di inizio Ottocento

1.2. L'essenza della *corporate criminal liability*: il caso *R.v. Birmingham and Gloucester Railway* del 1842

1.2.1. *Il Criminal Law Act* del 1827 e *l'Interpretation Act* del 1889

1.3. La progressiva estensione della responsabilità penale al di fuori dei confini della *vicarious liability*

1.4. I criteri di attribuzione della responsabilità: dalla *vicarious liability* all'*identification theory*

1.5. L'inadeguatezza della dicotomia *vicarious liability/identification theory* e l'esigenza di un intervento normativo

Capitolo II

La lotta alla corruzione nel diritto penale inglese: il *Bribery Act* del 2011

2.1. Evoluzione storica della lotta alla corruzione nel diritto penale inglese nella disciplina previgente al *Bribery Act* del 2011

2.2. La *ratio* dell'introduzione del *Bribery Act* del 2011

2.3.1. L'impianto delineato dal *Bribery Act*: la costruzione di un modello unitario di tutela

2.3.2. (segue) ... le nuove fattispecie penali introdotte

2.3.3. (segue) ... le fattispecie di corruzione attiva e passiva

2.3.4. (segue) ... *relevant function or activity* e *improper performance*

Capitolo III

Lotta alla corruzione e responsabilità penale delle società

3.1. La *section 7* del *Bribery Act*: la responsabilità delle imprese per corruzione attiva

3.2. La responsabilità delle imprese per corruzione attiva di un pubblico ufficiale straniero

3.3. La giurisdizione in materia di responsabilità delle imprese

3.4. Le *adequate procedures*

Capitolo IV

Il sistema di prevenzione della corruzione nell'ordinamento giuridico italiano e i modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/01

4.1. La situazione italiana: Analisi delle novità relative all'ultima normativa in materia di anticorruzione

4.2. La responsabilità degli enti da reato: il quadro storico. Dal principio *societas delinquere non potest* al nuovo sistema di responsabilità dell'ente per illeciti amministrativi derivanti da reato

4.3. La *vexata quaestio* sulla natura della responsabilità dell'ente: penale, amministrativa o *tertium genus*?

- 4.4. L'ambito di applicazione della disciplina e i criteri di imputazione
- 4.5. Gli autori del reato presupposto: soggetti in posizione apicali e soggetti sottoposti all'altrui direzione e controllo
- 4.6. Criteri oggettivi: l'interesse o vantaggio dell'ente
- 4.7. Criteri soggettivi: la colpa di organizzazione. Esonero della responsabilità dell'ente e modelli organizzativi
- 4.8. Le sanzioni e le altre misure previste dal d.lgs. 231/2001
- 4.9. Integrazione della normativa anticorruzione con i modelli organizzativi 231/01 e i presidi di controllo nella normativa anticorruzione

Conclusioni

Bibliografia

Capitolo I

L'evoluzione della *corporate criminal liability* nel diritto inglese

Sommario: 1.1. L'immunità penale delle *corporations* nella disciplina di inizio Ottocento; 1.2. L'essenza della *corporate criminal liability*: il caso *R.v. Birmingham and Gloucester Railway* del 1842; 1.2.1. Il *Criminal Law Act* del 1827 e l'*Interpretation Act* del 1889; 1.3. La progressiva estensione della responsabilità penale al di fuori dei confini della *vicarious liability*; 1.4. I criteri di attribuzione della responsabilità: dalla *vicarious liability* all'*identification theory*; 1.5. L'inadeguatezza della dicotomia *vicarious liability/identification theory* e l'esigenza di un intervento normativo

1.1. L'immunità penale delle *corporations* nella disciplina di inizio Ottocento

Nessun codice penale ottocentesco prevedeva una responsabilità a carico delle *corporations* e, a dire il vero, per un lungo periodo di tempo il problema non si era nemmeno mai presentato¹.

¹ Cfr., in tal senso, S.M. Corso, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 7.

L'impossibilità di sanzionare le persone giuridiche era una caratteristica anche della *common law*, anch'esso connotato da una visione antropocentrica². In un noto caso giudiziario di più di un secolo prima, avente ad oggetto il *Sutton's Hospital*, nel 1612, il *Chief Justice* Edward Coke (1552-1634) affermò che «*la corporation che consta di più persone è invisibile, immortale e poggia solo sull'interpretazione e considerazione del diritto. Essa non può commettere tradimento, né essere bandita o scomunicata, giacché non ha un'anima, né può comparire di persona ma solo attraverso un procuratore*»³.

Nel 1701, poi, *Lord Chief Justice Holt* (1642-1710) sostenne che «*una corporation non è incriminabile, ma i suoi singoli membri sì*»⁴. Anche uno dei giuristi più importanti di tutto il Settecento inglese, William Blackstone (1723-1780), affermò che «*le pene sono inflitte per l'abuso del libero arbitrio, che Dio ha donato all'uomo*», ragion per cui «*una persona giuridica non può commettere tradimento, o un crimine (felony) o un altro delitto (crime), secondo le sue capacità: ancorché possano farlo i suoi membri, in base alle loro distinte capacità individuali*»⁵.

Nella *common law*, tuttavia, il problema cominciò progressivamente a porsi, ricevendo l'attenzione della giurisprudenza, soprattutto in ragio-

² Cfr. S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Cedam, Padova, 1992, p. 128.

³ *Case of Sutton's Hosp.*, in 77 *Eng. Rep.*, 1613 (*Exchequer Chamber*), p. 973.

⁴ *Anonymous*, in 12 *Modern*, 1701, p. 559 (Case No. 935), citato in J. Smith, *A Selection of Cases on Private Corporations*, 1, London, 1897, p. 440, il quale però non cita i fatti di causa.

⁵ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, IV, London, 1765, p. 27.

ne della particolare condizione di espansione politico-economica del Paese, che rendeva necessario tutelare la collettività.

La dottrina del tempo, con una certa enfasi, sottolineò che l'Inghilterra era Paese «*unico ove tutti son liberi e tutti obbediscono, tutti operano senza aspettar l'iniziativa del Governo, spende centinaia di milioni in ponti, in trafori, in porti, in altre vaste opere pubbliche, fino a meditare di congiungersi alla Francia con una strada sottomarina, come già si congiunse all'Irlanda con un ponte sopra un braccio di mare*»⁶.

In un contesto siffatto, non è un caso che le prime pronunce avente ad oggetto la responsabilità penale degli enti, risalenti all'Ottocento, abbiano riguardato le società di trasporti oltre che gli opifici industriali. Le prime, in particolare, stavano svolgendo un ruolo decisivo per lo sviluppo del Paese, creando *ex novo* vere e proprie rotte commerciali. Trattandosi di società private, e non pubbliche, la risposta della giurisprudenza fu alquanto particolare, secondo il pragmatismo tipico della *common law*.

Come è noto, infatti, mentre nell'Europa continentale l'evoluzione del sistema giuridico era approdata, come risposta istituzionale ad una domanda sociale di certezza del diritto, all'illusorio modello di una codificazione onnicomprensiva, nel contempo in Inghilterra ed in ge-

⁶ Cfr. C. Cantù, *Compendio della storia universale*, Vecchie edizioni, Milano, 1874, p. 729.

nerale negli ordinamenti angloamericani viene elaborata la teoria del precedente vincolante⁷.

Mentre nei Paesi di *civil law* l'assenza di disposizioni normative rappresentava un vero e proprio ostacolo al riconoscimento della responsabilità delle persone giuridica senza un apposito intervento del legislatore, nei Paesi di *common law*, invece, la maggiore discrezionalità della giurisprudenza, non legata ad una norma scritta, permise a tale ordinamento una maggiore capacità di adattamento ai cambiamenti imposti dalla realtà.

Ha sicuramente avuto un peso decisivo la tradizione canonistica, che ha sempre esercitato una forte influenza sulla legislazione d'oltremani-

⁷ Sulla nozione di precedente giudiziario cfr. V. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002, p. 871, secondo cui «il termine "precedente giudiziario" s'inserisce in due diverse aree di significato. In una prima dimensione semantica, quella che riguarda l'argomento della presente trattazione, il termine si riferisce a una decisione giudiziaria anteriore, considerata nel suo valore orientativo rispetto all'attuale giudizio, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto. Nell'uso che viene così in rilievo, «precedente» è un aggettivo sostantivato, non diversamente dai corrispondenti *précédent* in francese e *precedente* in spagnolo, anch'essi derivati dalla lessicalizzazione di un participio presente. È un aggettivo sostantivato anche l'inglese *precedent*, mentre in tedesco si hanno, con analoga derivazione dal participio latino *praecedens*, il sostantivo neutro *Präzedens* e il nome composto *Präzedenzfall* (letteralmente: «caso precedente»). Sempre in tedesco, c'è il sinonimo *Präjudiz*, che costituisce, a sua volta, trasparente derivazione dal latino *praeiudicium*, di cui conserva anche la varietà di significati. Cioè, per quanto qui più direttamente interessa: 1) giudizio anticipato o decisione anteriore; 2) per metonimia dell'accezione etimologica, esempio normativo, precedente giudiziario. Possono essere altresì ricordati, tra le altre corrispondenze di «precedente», nelle lingue occidentali più correnti: i termini francesi *préjugé* (che significa, oltre che «precedente» anche e soprattutto in senso giuridico: pregiudizio, preconetto), *jugement antérieur*, *décision préalable*, *premier arrêt*; i termini spagnoli *juicio anterior*, *sentencia anterior*, *primero arresto*; la parola inglese *authority* (che per una metonimia che non è più nemmeno sentita come tale, tanto l'uso si è normalizzato, è divenuta del tutto fungibile con *precedent*); i termini tedeschi *vorläufige Urteil*, *bisherige Urteil*. Vi è poi una seconda accezione del termine «precedente giudiziario», la quale fa riferimento al pregresso esercizio dell'azione penale a carico di un imputato o di un indagato, senza che si sia giunti, o ancora giunti, ad una condanna definitiva; altrimenti si parla non di «precedente giudiziario», ma di «precedente penale». La distinzione, nell'ordinamento italiano, è delineata nell'art. 133 comma 2 c.p., il quale stabilisce che la capacità a delinquere va desunta tra l'altro "dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato"».

ca, relegando ai margini l'individualismo tipico dell'esperienza giuridica francese.

Ciò si è concretizzato, nel settore che interessa, ad ammettere una forma attenuata di responsabilità penale, superando la «*incongruente mostruosità della capacità a delinquere delle corporazioni, che si aveva e si ha nel diritto canonico*»⁸. La prassi giurisprudenziale ha tradotto tutto ciò nell'applicazione di tali principi anche alle forme di reato non societario. La dottrina del tempo, in particolare, osservava che «*una persona giuridica può anche venire multata per minaccia commessa o per libello famoso pubblicato per suo ordine*»⁹.

In un contesto siffatto, dunque, era ormai matura la prima storica pronuncia che, in Inghilterra, ha riconosciuto la responsabilità penale anche delle persone giuridiche.

1.2. L'essenza della corporate *criminal liability*: il caso *R.v. Birmingham and Gloucester Railway* del 1842

Il caso *R.v. Birmingham and Gloucester Railway* del 1842 ha sancito per la prima volta la responsabilità penale di una persona giuridica «*for crimes committed by agents in the course of its business and their employment*». Nell'occasione, un'anonima società di trasporto ferro-

⁸ C. Corsonello, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, in *Riv. pen.*, 1927, p. 453.

⁹ C. Corsonello, *op. cit.*, p. 454.

viario fu condannata per non aver eseguito un determinato lavoro che le veniva espressamente imposto dalla legge¹⁰.

Il fatto storico può essere così sintetizzato: la *Birmingham & Gloucester Railway*, società attiva nel trasporto ferroviario, era stata giudicata responsabile del reato di *public nuisance*, per non aver adempiuto alla rimozione di un ponte che illegittimamente essa stessa aveva costruito. Per tale ragione, la società era stata condannata alla corresponsione di una sanzione pecuniaria¹¹.

La dottrina ha ritenuto che la scelta dei giudici di sanzionare la società di trasporto ferroviario sia stata abbastanza sorprendente, «*prodotto spontaneo dei tribunali (come frequentemente accade per molte fattispecie di diritto penale negli ordinamenti di common law) elaborato dai giudici al fine di dare risposta alle esigenze di politica criminale connesse alla crescente attività delle nuove società commerciali, cui si*

¹⁰ Per un commento a tale pronuncia si v., nella dottrina di inizio Novecento, P. Lee, *Corporate Criminal Liability*, in *Col. Law. Review*, 1928, p. 4 ss.; più di recente si v. L.H. Leigh, *The Criminal Liability of Corporations*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 377 ss.

¹¹ Va segnalato, invero, che una parte della dottrina ha diversamente ricostruito la vicenda. R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 32, sostiene che in realtà la condanna della società di trasporto ferroviario era stata comminata per non aver costruito un cavalcavia su una ferrovia come invece imponeva lo *statute* con il quale era stata creata la persona giuridica. L'incertezza circa l'esatta ricognizione del fatto storico deriva dall'assenza di *report* ufficiali che cominciarono ad essere raccolti in maniera sistematica solo a partire dal 1865.

è pervenuti più o meno in modo fortuito e in assenza di una politica esplicitamente formulata»¹².

La responsabilità per comportamento omissivo era stata addossata dalla giurisprudenza inglese alle amministrazioni pubbliche, in particolare ai Comuni, già nel corso del Settecento, dunque non si trattava di un istituto del tutto sconosciuto. Tuttavia, mai si era giunti ad applicarlo anche ai privati¹³.

Si trattò, tuttavia, di precedenti importanti, perché le corti inglesi, nel momento in cui si trovarono di fronte ad episodi analoghi, non ebbero particolari difficoltà ad applicare gli stessi principi anche alle società private, come appunto la *R.v. Birmingham and Gloucester Railway*, considerato tra l'altro che anche le amministrazioni pubbliche erano

¹² V. Mongillo, *Necessità e caso nell'allocatione della responsabilità da reato tra individui ed enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, p. 1305. L'A. osserva che «nel corso dell'Ottocento le nuove esigenze politico-criminali generate dalla Rivoluzione industriale e le questioni dogmatiche e probatorie poste dall'inedita complessità organizzativa della corporation irrupero nelle aule giudiziarie, come emblematicamente dimostrato dall'"incontro" tra società ferroviaria e giudice penale. Qui si colloca la moderna scissione tra le due famiglie giuridiche di common law e di civil law in merito alla punibilità delle persone giuridiche. In origine, la disputa riguardò quale soggetto dovesse essere chiamato a rispondere delle contravvenzioni commesse nell'esercizio dell'impresa. Le diverse soluzioni adottate dalle corti inglesi, italiane e francesi nel XIX secolo ruotarono attorno ai due opposti paradigmi della responsabilità del "capo dell'impresa" e della responsabilità della *societas* nel suo insieme. Tale rigida dicotomia ha segnato la storia delle due famiglie giuridiche per tutto il secolo successivo ed è stata superata solo di recente. Ad ogni modo, nell'eterna dialettica tra individualismo e collettivismo nel diritto penale, anche il fattore "caso", non solo la "necessità", ha giocato la sua parte».

¹³ Cfr. V. Mongillo, *op. cit.*, p. 1302, secondo cui «sin dai tempi di Enrico III (re d'Inghilterra dal 1216 fino al 1272) furono frequenti i casi di città attinte da pene pecuniarie per non aver riparato strade, ponti, ospizi, scuole, o per non aver catturato un criminale. A fronte di illeciti particolarmente gravi, esse rischiavano la revoca di privilegi e persino di essere 'fulminate' con la forfeiture della charter, perdendo il diritto di esistere. Nel solco di questa tradizione, ancora agli inizi dell'Ottocento si registrano procedimenti penali contro una city: nel 1802 si cercò di incriminare la città di Liverpool per la mancata riparazione di una strada, mentre nel 1811 a subire un indictment fu la città di Stratford-on-Avon, accusata dell'omessa riparazione dello Stratford Bridge».

state condannate in passato per non aver adempiuto ad obblighi di costruzioni di strade, ponti, ecc.

La risposta della giurisprudenza, più che meditata, era tuttavia stata quasi improvvisa, come esigenza di reazione ad un disturbo sociale arrecato dalla società di trasporto ferroviario. Si è osservato, in particolare, che la responsabilità penale delle persone giuridiche fu «*una creazione giurisprudenziale, avvenuta più o meno in modo fortuito, e in assenza di una politica esplicitamente formulata*»¹⁴.

Va osservato, tuttavia, che a favorire la decisione dei giudici furono altri due fattori. Il primo è l'attribuzione della *legal personality* alle società di capitali, fatto che contribuì a rendere tali società enti giuridici autonomi rispetto ai propri membri.

Il secondo fattore è rappresentato dall'emanazione, nel 1827, dunque quindici anni prima della sentenza in esame, del *Criminal Law Act*, provvedimento mediante il quale il Parlamento britannico aveva posto le fondamenta per l'ammissibilità della responsabilità penale a carico delle persone giuridiche, stabilendo espressamente che, in assenza di una contraria previsione legislativa, il termine "persona", in qualunque provvedimento normativo, doveva essere inteso come riguardante anche alle persone giuridiche.

Resta, tuttavia, il carattere rivoluzionario della sentenza, perché, come è stato acutamente osservato, «*una cosa era dichiarare le società as-*

¹⁴ J.R. Spencer, *L'homicide involontaire et la responsabilité des personnes morales et de leurs dirigeants: le mouvement pour la réforme et droit anglais*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 919.

soggettabili alla responsabilità penale, altra cosa applicare effettivamente ad esse il diritto penale»¹⁵.

Del resto, non è un caso che la norma sia rimasta per lungo tempo del tutto priva di applicazione, per poi essere ufficialmente codificata solo alla fine del secolo, con la *Section 2* dell'*Interpretation Act* del 1889, con cui il legislatore decise anche di eliminare qualunque dubbio dal punto di vista applicativo.

1.2.1. Il *Criminal Law Act* del 1827 e l'*Interpretation Act* del 1889

Si è detto che il *Criminal Law Act* del 1827 ha rappresentato la pietra miliare, quanto meno sotto il profilo normativo, per ammettere la responsabilità penale delle società nel diritto inglese. La *section 14* di tale *Statute*, infatti, prevedeva che, agli effetti del diritto penale, il termine *person* dovesse fare riferimento anche alle persone giuridiche, e non solo a quelle fisiche, sempre che non fosse evidente una contraria intenzione del legislatore oppure che, con riguardo alla singola disposizione concreta, ci fosse una evidente incompatibilità tra il reato commesso e la possibilità che a commetterlo fosse una persona giuridica: «*yet the statute shall be understood to include [...] body corporates as well as individuals, unless it be otherwise specially provided,*

¹⁵ J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, London University Press, London, 2003, p. 54.

or there be something in the subject or context repugnant to such construction»¹⁶.

Le persone giuridiche, dunque, diventarono per la prima volta soggetto di diritto in ambito penalistico, diventando astrattamente imputabili per qualunque reato. Non è un caso che a partire da quel momento iniziarono i primi procedimenti nei confronti delle persone giuridiche.

In particolare, la clausola avente ad oggetto la possibilità di escludere le persone giuridiche dall'essere soggetti attivi del diritto penale in presenza di una contraria volontà del legislatore fu considerata applicabile a tutte quelle fattispecie che «*regarded as truly criminal in character*», per cui «*was said that mens rea was a necessary ingredient*».

Ne derivava che una responsabilità degli enti era considerata ammissibile per quei reati aventi ad oggetto l'inadempimento di obblighi nei confronti della comunità, reati dunque di scarsa rilevanza, sanzionabili a titolo di responsabilità oggettiva, nonché per quei reati per i quali l'ente era sanzionabile in nome di una responsabilità c.d. vicaria¹⁷.

Comunque, pur in presenza di vari escamotage che in qualche modo andavano a tutelare le persone giuridiche, sulla base del *Criminal Law Act* del 1827 numerose *municipalities* furono condannate per pubblica molestia.

Tali fattispecie non richiedevano, per l'attribuzione dell'illecito, requisiti soggettivi particolari da soddisfare, ragion per cui non vi era alcun

¹⁶ *Criminal Law Act 1827* (7 & 8 Geo 4 c 28).

¹⁷ Cfr., sul punto, D. Pelloso, *La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*, in *rivista231.it*, 2016.

dubbio in merito alla loro configurabilità a carico delle persone giuridiche, «*because of the actus reus of these mostly nuisance offences consisted of an omission on the part of the municipality, the courts did not have to address the issue of how a legal fiction might perform a positive act. And because liability was strict there being no mental element to satisfy, the issue of where to locate the municipality's mind did not arise*»¹⁸.

La svolta, dunque, era ormai avvenuta, ma decisivo fu un altro provvedimento, l'*Interpretation Act* del 1889, il quale codificò la scelta della giurisprudenza di riconoscere la responsabilità delle persone giuridiche anche in presenza di reati commissivi.

L'*Interpretation Act*, infatti, segnò la fine della teoria della responsabilità oggettiva, per lasciare spazio a quella dell'immedesimazione, per effetto della quale la responsabilità degli enti era una responsabilità caratterizzata a tutti gli effetti da colpevolezza, allo stesso modo di quanto si verificava per le persone fisiche.

L'*Interpretation Act* del 1889, infatti, chiariva che «nell'interpretazione di tutti i testi legislativi relativi a un crimine [...] l'espressione person dovrà includere le corporazioni, a meno che non risulti un'intenzione contraria»¹⁹.

Ormai, dunque, non vi erano più limiti particolari alla possibilità di sanzionare le persone giuridiche. Si è opportunamente osservato, in

¹⁸ J. Gobert, M. Punch, *Rethinking corporate crime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 54

¹⁹ A. Alessandri, *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, ESI, Napoli, 2012, p. 251.

proposito, che «la punizione degli enti collettivi, nel quadro evolutivo del diritto penale classico, parrebbe rappresentare «una rottura dirompente con gli schemi del recente passato, ossia con la tradizione penalistica moderna che origina con l'Illuminismo», tuttavia si può «cogliere in questa innovazione l'ultima fase di uno sviluppo teorico unitario, che va nella direzione del progressivo allontanamento dalla concezione naturalistica del reato. Le tappe di questa evoluzione sono note: senza pretesa di completezza, si pensi al passaggio della tutela dei beni giuridici individuali a quella dei beni superindividuali, all'emersione – accanto ai reati di azione – di quelli omissivi per definizione privi di una condotta naturalistica e imperniati su valutazioni ipotetiche di causalità, al superamento del primato dell'imputazione dolosa in settori, sempre più vasti, dove trionfa il normativismo della colpa e ancora al passaggio dal giudizio di colpevolezza morale al rimprovero fondato sull'evitabilità del fatto»²⁰.

1.3. La progressiva estensione della responsabilità penale al di fuori dei confini della *vicarious liability*

La svolta del diritto penale inglese, che per primo aveva riconosciuto la responsabilità penale delle società, maturò in maniera più sistematica soprattutto nella seconda metà dell'Ottocento, in un particolare set-

²⁰ F.B. Giunta, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*: incontro di studio organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Pisa (sez. di diritto penale) tenutosi a Pisa il 29 novembre 2001, Università degli Studi di Pisa, 2002, p. 37.

tore, quello che più di ogni altro, per le sue caratteristiche intrinseche, si prestava ad un abbandono dell'approccio tradizionale senza particolare resistenza, ossia il settore dei *regulatory offences*.

Si impose, in particolare, il concetto di *vicarious liability*, da intendersi come responsabilità meramente oggettiva o quasi oggettiva, ossia a colpa presunta²¹. Si è osservato che «*il ruolo assegnato a tali figure di reato è assimilabile a quello delle contravvenzioni nel diritto interno: anziché reprimere reali aggressioni a beni giuridici individuali o collettivi, esse per lo più assicurano la regolarità e l'ordine nei comportamenti della vita quotidiana o nello svolgimento di attività economiche, prevenendo condotte solo astrattamente pericolose*»²².

La nuova via scelta dal diritto inglese, tuttavia, riguardava solo i reati omissivi, ad esclusione, dunque, di quelli commissivi. Niente, invero, lasciava presagire che in futuro anche tali reati avrebbero potuto ingenerare la responsabilità penale degli enti.

Eppure già nel 1846 ciò si verificò, quando fu condannata la *Great North of England Railway Co.* proprio per un reato commissivo. La compagnia di trasporto ferroviario, infatti, si era resa colpevole di aver tagliato con i suoi binari una strada, rendendola piena di detriti. In tal modo, dunque, erano state violate alcune disposizioni dell'*incorporation statute*, anche se i giudici mostrarono una certa difficoltà nel distinguere tra reati commissivi e reati omissivi: «*Se A. è autorizzato a costruire un ponte provvisto di parapetti, ma lo costruisce senza di*

²¹ Cfr. J. Gobert, *Corporate Criminal Liability - What is it? How does it work in the UK?*, in A. Fiorella, A.M. Stile (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs - First Colloquium*, Jovene, Napoli, 2012, p. 214 ss.

²² V. Mongillo, *op. cit.*, p. 1303.

essi, il reato consiste nella costruzione di un ponte privo dei necessari presidi di sicurezza, o nel non averlo reso sicuro?»²³.

La scelta di punire anche i reati commissivi e non solo quelli omissivi, comunque, era frutto di un calcolo di politica criminale difficilmente criticabile: non si comprendeva il motivo per cui una società dovesse essere condannata per aver arrecato un danno ad un bene giuridico tutelato dall'ordinamento con un comportamento omissivo e non anche con il corrispettivo comportamento commissivo.

In secondo luogo, i giudici sottolinearono la totale inadeguatezza di una pena che avesse colpito unicamente i singoli dipendenti della società, a maggior ragione laddove essi fossero stati quelli posti più in basso nella scala gerarchica, perché in tal modo la sanzione criminale non avrebbe avuto alcun effetto deterrente.

Stava iniziando, dunque, una nuova stagione giurisprudenziale, che avrebbe condotto la responsabilità penale dell'ente al di fuori dei ristretti confini della *vicarious liability*.

1.4. I criteri di attribuzione della responsabilità: dalla *vicarious liability* all'*identification theory*

²³ *R v Great North of England Railway Co*, in 9 *QB*, 1846, p. 315. Come è stato osservato da V. Mongillo, *op. cit.*, p. 1303, «affiorano, in forma embrionale, alcuni nodi centrali della rete teorica che verrà tessuta dalla penalistica continentale attorno al diritto penale antropomorfo: il difficile distinguo tra azione ed omissione in relazione ad attività che si sviluppano in contesti organizzativi complessi, quando il “garante” è investito della gestione di rischi derivanti dall’attività dell’ente; tematiche come il c.d. “momento omissivo della colpa” e categorie come quella dei “reati d’obbligo” (*Pflichtdelikte*), connotati proprio, quanto alle modalità realizzative, dall’equipollenza tra azione ed omissione».

Il punto di partenza del riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche è il criterio della *vicarious liability*, ossia responsabilità per fatto altrui, locuzione all'interno della quale gli altri sono gli *employees* e gli *agents*, ossia soggetti apicali e non apicali che sono connessi all'ente collettivo. Tale criterio si rivelò molto importante perché permise di superare l'obiezione in merito alla possibilità di attribuire ad una persona giuridica gli stati soggettivi ed emozionali appropriati esclusivamente a persone fisiche.

Il progressivo riconoscimento della responsabilità penale degli enti non è stato privo di ostacoli. Nel 1927, in particolare, nella sentenza *Cory Brothers*²⁴, i giudici affrontarono il primo caso di imputazione di un ente per *manslaughter*, ossia omicidio colposo.

Nel caso di specie la società *Cory and Brothers* fu rinviata a giudizio per la morte di un proprio dipendente, ma fu assolta, tanto che si parla di vera e propria occasione mancata per l'istituto della responsabilità penale degli enti²⁵.

Il giudice non motivò in maniera dettagliata la decisione, limitandosi a richiamare i precedenti vincolanti che avevano tradizionalmente escluso che un ente collettivo potesse essere considerato colpevole per omicidio colposo.

²⁴ R. v. Cory Brothers Ltd. and Co. [1927] 1KB 810.

²⁵ Per una analisi dettagliata del caso si v. R. Lottini, *op. cit.*, p. 44 ss.

Nonostante questo inconveniente, il percorso diretto ad estendere la responsabilità penale anche alle persone giuridiche era destinato a ripartire velocemente, in maniera ancora più vigorosa di prima.

La svolta si è verificata a partire dagli anni quaranta del Novecento, quando furono pronunciate tre sentenze molto importanti che valorizzarono il principio dell'*identification theory*, il quale prendeva il sopravvento rispetto alla *vicarious liability*.

Quest'ultimo criterio, infatti, aveva costruito un modello di responsabilità penale degli enti applicabile però solo ed esclusivamente ai reati a responsabilità oggettiva e, quindi, piuttosto restrittivo. Con le sentenze *D.P.P. v. Kent and Sussex*²⁶, *R. v. ICR Haulage*²⁷ e *Moore v. I. Breler*²⁸, invece, tale criterio fu superato, in favore del criterio dell'*identification*, indispensabile per quelle fattispecie, come ad esempio l'omicidio colposo, che richiedono necessariamente una partecipazione soggettiva del soggetto agente.

Il nuovo criterio elaborato dalla giurisprudenza nelle suddette pronunce muove dall'idea che la persona giuridica si identifica in maniera totale con il comportamento dei propri dirigenti o comunque sottoposti, le cui azioni non sono altro che le azioni della stessa società, tale che quest'ultima ne risponde come un fatto proprio, e non in nome della discutibile categoria della responsabilità oggettiva²⁹.

²⁶ DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd (1944) K.B 146.

²⁷ R. v. ICR Haulage Ltd (1944) K.B. 551.

²⁸ Moore v. Bresler (1944) 2 All E.R. 515.

²⁹ Cfr. C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 148 s.

Nel caso *D.P.P. v. Kent and Sussex*, la società in questione fu condannata per la falsificazione dell'attestazione indispensabile per ottenere un buono carburante, in violazione del *Motor Fuel Rationing Order* che punisce, per l'appunto, le truffe poste in essere ai danni del servizio di razionamento del carburante, nonché del *Defence General Regulation* del 1939, che invece sanziona le false dichiarazioni che sono contenute all'interno di ogni documento.

Nell'occasione il giudice Caldecote affermò che «*a company is incapable of acting or speaking or even of thinking except in so far as its officers have acted or spoken or thought*»³⁰, ossia che una società è incapace di agire, parlare o pensare, nella misura in cui agiscono, parlano e pensano i propri dipendenti.

Il corollario di questa impostazione è che la società può rispondere anche di quei reati che richiedono uno stato d'animo, ossia quelli dolosi e colposi, e non solo quelli a responsabilità oggettiva secondo il criterio della *vicarious liability*.

Qualche mese dopo la giurisprudenza affrontò il caso *R. v. ICR Haulage*, in cui la società fu condannata per il reato di *conspiracy to defraud* a causa del comportamento del direttore e di altri nove dipendenti che avevano truffato un acquirente inducendolo a pagare una somma nove volte superiore a quella dovuta.

Anche in tal caso la società fu condannata non per fatto altrui, ma per un fatto proprio, così come avvenuto qualche mese prima, utilizzando, dunque, ancora una volta la *identification theory*.

³⁰ DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd (1944) K.B 146.

Alle stesse conclusioni i giudici pervennero nella sentenza *Moore v. Bresler*, nella quale i giudici condannarono la società per la violazione del *Finance Act* n. 2 del 1940 la cui *Section 35* sanziona con una pena pecuniaria chiunque utilizzi documenti falsi al fine di trarre in inganno. Nel caso in esame, due *manager* della società vendevano appartamenti alla stessa falsificando i documenti con l'obiettivo di ricavare più del dovuto.

Sebbene le tre pronunce in esame abbiano segnato un momento di svolta nella storia della responsabilità penale degli enti, parte della dottrina³¹ ha cercato di ridimensionarne la portata, smorzando facili entusiasmi. Si ritenne, infatti, che tali pronunce abbiano sicuramente introdotto un nuovo criterio di responsabilità, sostitutivo dell'arcaico *vicarious liability*, ma allo stesso tempo non sono state in grado di delinearne con chiarezza i limiti applicativi.

Non viene spiegato, anzitutto, il motivo per cui lo stato soggettivo dei dipendenti della società veniva ad essere automaticamente lo stato soggettivo della società stessa. Non si chiarisce, inoltre, se assumono rilevanza, ai fini dell'*identification theory*, solo gli stati soggettivi dei dipendenti apicali, oppure di tutti i dipendenti, o ancora di tutti coloro che, anche occasionalmente, svolgono un'attività professionale a vantaggio o comunque nell'interesse della società.

³¹ Cfr. C. Wells, *Corporate Criminal Liability in England and Wales*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest*. Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Penale Comparato dell'Università di Firenze 15-16 marzo 2002, Padova, Cedam, 2003, p. 115: «None of these cases gave any clear idea as to how far this doctrine whereby the mens rea of certain company officers could be imputed to the company should extend».

1.5. L'inadeguatezza della dicotomia *vicarious liability/identification theory* e l'esigenza di un intervento normativo

Negli anni successivi, dunque, la giurisprudenza cercò di delineare in maniera più precisa il criterio in esame. Assume rilevanza, in particolare, la sentenza *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*, resa nel 1972. L'anno precedente la società Tesco, proprietaria all'epoca di più di 800 supermarket, era stata rinviata a giudizio per la violazione della *Section 11* del *Trade Descriptions Act* del 1968, in quanto offriva prodotti ad un prezzo inferiore a quello che poi effettivamente praticava, facendo dunque una pubblicità ingannevole.

Il *manager*, in particolare, non si era reso conto che alcuni detersivi erano venduti sugli scaffali erroneamente a prezzo piena pur essendo pubblicizzati come scontati. La società Tesco in giudizio si era difesa sostenendo di non poter rispondere del reato commesso dal manager a causa del principio secondo cui “il reato si è verificato a causa dell’azione od omissione di un’altra persona”³².

La Tesco, in sostanza, aveva scaricato il manager, considerando una figura talmente ai margini della struttura aziendale da non poter condizionare la sua condotta alla propria. La *House of Lords* accolse la tesi della Tesco e condannò solo il manager, il cui stato soggettivo non poteva essere trasferito alla Tesco.

Molto importante è la motivazione di tale pronuncia, che indicò con maggiore chiarezza i limiti dell'*identification theory*. Posto, dunque,

³² *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, 1972.

che l'*identification theory* è sicuramente il criterio di riferimento in caso di responsabilità penale degli enti, ci si chiede, tuttavia, in quali casi esso trova applicazione.

Orbene, ad avviso dei giudici la società può essere condannata solo ed esclusivamente per fatti realizzati da «*the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company [who] carry out the functions of management and speak and act as the company. The subordinates do not*»³³.

In altri termini, secondo i giudici, affinché possa scattare il principio dell'*identification theory* e, quindi, addossare alla società la responsabilità, il reato non può essere commesso da un qualunque dipendente, ma solo ed esclusivamente da un soggetto che svolge un ruolo di primo piano all'interno della società, tanto da non poter non essere considerato *the directing mind and will*.

La sentenza in esame ha avuto il merito di ufficializzare il distacco dalla *vicarious liability* a favore dell'*identification theory* del quale ha delineato in maniera chiara i requisiti che, prima di tale pronuncia, erano eccessivamente generici.

Il criterio della *vicarious liability*, infatti, poteva trovare applicazione solo per quei reati per i quali non era prevista la componente soggettiva, indipendentemente dal ruolo ricoperto dal dipendente all'interno della società. Il criterio dell'*identification*, invece, consentiva di punire la società in presenza di un reato soggettivamente commesso da un

³³ *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, 1972.

suo dipendente, purché fosse un dipendente di primo piano della stessa, e non un mero lavoratore.

Il problema, tuttavia, risiede nel fatto che molto spesso, soprattutto nelle grandi società, è materialmente impossibile individuare il soggetto che ha effettivamente compiuto il reato, indispensabile al fine di verificare se è possibile l'applicazione dell'*identification theory*. Le grandi aziende, infatti, sono caratterizzate sì da una suddivisione dei compiti, ma anche da un frazionamento e da una interazione degli stessi, per cui è spesso difficile capire chi ha realizzato effettivamente l'atto che ha poi integrato il fatto di reato.

Solo astrattamente, dunque, i due criteri sembravano complementari e capaci di abbracciare tutte le ipotesi di responsabilità penale degli enti. Nella pratica, infatti, essi mostrarono tutti i loro limiti.

Ciò si rese evidente nel 1991, quando fu emanata la sentenza *P&O European Ferries*, società imputata unitamente ad otto suoi dipendenti per omicidio colposo³⁴. Il 6 marzo 1987 il traghetto *Herald of Free Enterprise*, di proprietà della *P&O European Ferries*, partito da Zeebrugge e diretto a Dover, affondò dopo appena venti minuti causando la morte di 188 persone che erano a bordo.

La *P&O European Ferries*, e con essa sette degli otto imputati, fu assolta, ma la sentenza è considerata tra le più importanti in materia. Emersero, infatti, alcune conclusioni molto significative. Anzitutto, fu sancita la totale inadeguatezza della dicotomia *vicarious liability/iden-*

³⁴ R. v. P & O European Ferries (Dover) Ltd, (1991), 93 Cr App R. 72 Central Crim Ct.

tification theory, considerata del tutto inidonea ad abbracciare tutte le possibili ipotesi verificabili in concreto.

In secondo luogo, fu sancita la compatibilità della responsabilità personale degli enti con la *manslaughter*, ossia con l'omicidio colposo. Il giudice Turner si espresse in questi termini: «*I find unpersuasive the argument of the company that the old definitions of homicide positively exclude the liability of a non natural person to conviction of an offence of manslaughter. Any crime in order to be justiciable must have been committed by or through the agency of a human being. Consequently, the inclusion in the definition of the expression -human being- as the author of the killing was tautologous [...]. Suffice it that where a corporation through the controlling of one of its agents, does an act which fulfils the prerequisites of the crime of manslaughter, it is properly indictable for the crime of manslaughter*»³⁵.

Secondo il giudice Turner, quindi, una società poteva essere condannata per omicidio colposo se uno dei suoi *controlling agents* aveva realizzato una condotta dotata, sul piano soggettivo, di tutti i requisiti richiesti dall'ordinamento.

Si trattava di una vera e propria rivoluzione rispetto a quanto i giudici avevano precedentemente statuito nella sentenza *Cory and Brothers*, nella quale, come si è visto in precedenza, i giudici avevano del tutto negato la possibilità che una società potesse essere condannata per un omicidio colposo.

³⁵ R. v. Cory Brothers Ltd. and Co. [1927] 1KB 810.

Infine, i giudici espressero un monito, invitando il legislatore ad intervenire per mettere ordine ad una materia lasciata troppo all'interpretazione della giurisprudenza, in maniera eccessiva considerata la delicatezza degli interessi in gioco.

Resta il fatto che nell'occasione la società *P&O European Ferries* fu assolta perché la responsabilità per l'affondamento del battello era da ripartire tra diversi soggetti, ognuno dei quali aveva commesso un errore, tale da rendere sostanzialmente impossibile individuare, in concreto, chi fosse il vero responsabile. Secondo i principi dell'*identification theory*, dunque, non era possibile condannare la società.

Allo stesso modo, non era possibile condannarla nemmeno ai sensi della *vicarious liability*, considerato che l'omicidio colposo è un reato che presuppone necessariamente l'accertamento soggettivo e non una responsabilità oggettiva³⁶.

In linea generale, tuttavia, si ritenne possibile che una società potesse essere condannata per un omicidio colposo, a patto che fosse effettivamente individuato il responsabile e che questi rivestisse un incarico significativo all'interno della stessa³⁷.

La sentenza in esame è importantissima perché metteva a nudo per la prima volta i limiti di tutta la teoria in materia di responsabilità penale degli enti da reato, rendendo necessario un intervento del legislatore che, infatti, sollecitato ad intervenire, avrebbe cominciato il percorso

³⁶ G. Gentile, *L'illecito colposo nell'ente collettivo: riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 124 s

³⁷ Cfr. G. Gentile, *L'illecito colposo nell'ente collettivo: riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, cit., p. 126 s.

che poi avrebbe avuto il suo culmine nell'approvazione del *Bribery Act*³⁸.

Capitolo II

La lotta alla corruzione nel diritto penale inglese: il *Bribery Act* del 2011

Sommario: 2.1. Evoluzione storica della lotta alla corruzione nel diritto penale inglese nella disciplina previgente al *Bribery Act* del 2011; 2.2. La *ratio* dell'introduzione del *Bribery Act* del 2011; 2.3.1.

³⁸ Cfr. G. Gentile, *L'illecito colposo nell'ente collettivo: riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, cit., p. 126 ss.

L'impianto delineato dal *Bribery Act*: la costruzione di un modello unitario di tutela; 2.3.2. (segue) ... le nuove fattispecie penali introdotte; 2.3.3. (segue) ... le fattispecie di corruzione attiva e passiva; 2.3.4. (segue) ... *relevant function or activity* e *improper performance*

2.1. Evoluzione storica della lotta alla corruzione nel diritto penale inglese nella disciplina previgente al *Bribery Act* del 2011

La disciplina inglese in materia di lotta alla corruzione sul versante del diritto penale è stata per lungo tempo caratterizzata dalla sovrapposizione e dalla stratificazione normativa, tra norme di *common law* e *statutes* significativamente disomogenei tra loro. La criticità e l'inadeguatezza di tale assetto normativo sono state a più riprese segnalate dalla *Law Commission* nei diversi rapporti che hanno preceduto l'approvazione del *Bribery Act*. Tale normativa, che sarà brevemente analizzata, è stata comunque interamente abrogata dal *Bribery Act* del 2011.

La prima e fondamentale definizione del reato di corruzione, c.d. *bribery*, è frutto del *common law*. Blackstone, nella seconda metà del Settecento, inserì il reato di *bribery* nell'ambito dei reati contro la giustizia, *Offences against Public Justice*.

Questa è la definizione di Blackstone, che può essere considerata una delle prime note del reato di *bribery*: «*Bribery is the next species of offense against public justice; which is when a judge, or another person concerned in the administration of justice, takes any undue reward to influence his behavior in his office*». Un'altra definizione che è sta-

ta fornita è: “*Bribery is the receiving or offering [of] any undue reward by or to any person whatsoever, in a public office, in order to influence his behaviour in office, and incline him to act contrary to the known rules of honesty and integrity*»³⁹.

Secondo Blackstone, dunque, il reato di *bribery* si configura nella condotta del giudice, oppure di una qualunque altra persona nell’ambito dell’amministrazione della giustizia che, nell’esercizio della sua funzione, riceve una indebita ricompensa al fine di compiere una determinata azione o omissione.

Nel corso degli anni, poi, tale definizione è stata ampliata grazie all’intervento del legislatore. In primo luogo, soggetti attivi del reato non furono più solo i membri dell’amministrazione della giustizia, ma tutti coloro che avevano la qualifica di pubblici ufficiali; in secondo luogo, cominciò ad avere rilevanza penale anche la condotta passiva del reato.

In tal senso si è espresso Perkins, secondo cui «*Bribery is the corrupt payment or receipt of a private price for official action*»⁴⁰. Il *common law*, poi, prevedeva, come strumento di contrasto alla corruzione, il reato di *misconduct in public office* che, non essendo stato abrogato dal *Bribery Act* del 2011, è attualmente ancora in vigore.

Si tratta della condotta, definita scorretta, posta in essere dal pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni, o meglio nell’esercizio dei

³⁹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, IV, 1765-1769.

⁴⁰ R.M. Perkins, *Criminal Law*, Foundation Press, New York, 1969, p. 469.

doveri derivanti dal suo ufficio oppure nell'esercizio abusivo degli stessi.

I reati di *bribery* e *misconduct* potevano anche concorrere, ad esempio nel caso in cui un pubblico ufficiale avesse ricevuto una tangente e, successivamente, avesse posto in essere l'atto per il quale era stato indebitamente pagato.

Per quanto concerne, nello specifico, i provvedimenti normativi antecedenti alla riforma del 2011, vanno segnalati a) *The Public Bodies Corrupt Practices Act* del 1889; b) *The Prevention of Corruption Act* del 1906; c) *The Prevention of Corruption Act* del 1916; d) *The Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 2001.

The Public Bodies Corrupt Practices Act del 1889⁴¹, oggi abrogato, disciplinava la condotta di colui che donava oppure elargiva una ricompensa indebita ad un funzionario oppure ad un dipendente di un ente pubblico, oppure riceveva i suddetti vantaggi, al fine di esercitare indebite pressioni nell'esercizio di un atto del suo ufficio, che poteva essere realizzato sia mediante una condotta attiva che attraverso una condotta omissiva.

Tale reato, introdotto alla fine dell'Ottocento a seguito di numerosi episodi corruttivi, era riferito al solo settore pubblico. Non ebbe, tuttavia, nella prassi, grande riscontro, in quanto, a causa di una tecnica legislativa piuttosto superficiale, la giurisprudenza ne fece un utilizzo molto limitato.

⁴¹ Cfr., sul tale provvedimento, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 76 ss.

Il secondo provvedimento, *The Prevention of Corruption Act* del 1906⁴², è molto importante in quanto è il primo ad aver concentrato l'attenzione anche sul profilo della corruzione privata. Per la prima volta, dunque, il legislatore inglese sentì il bisogno di dare una risposta unitaria al fenomeno corruttivo, indipendentemente dalla matrice pubblica o privata.

Nel caso di specie il disvalore della fattispecie delittuosa consisteva nella condotta attiva oppure omissiva realizzata da un *agent* in relazione al datore di lavoro. L'interesse sotteso a tale fattispecie era la relazione di fiducia tra il dipendente ed il datore di lavoro che veniva minata.

Il provvedimento in esame era molto importante perché consentiva di aggredire il fenomeno corruttivo in tutte le sue manifestazioni: in particolare, l'estensione anche al settore privato era una vera e propria prerogativa di tutto il sistema giuridico inglese, che ambiva ad una repressione totale delle prassi corruttive.

Il successivo *The Prevention of Corruption Act* del 1916 estese, invece, l'ambito di applicazione della legge del 1889, inserendo la c.d. *presumption of corruption*, per effetto della quale «qualsiasi compenso o promessa, offerti o accettati da una persona impiegata in un ente pubblico, volta ad esempio a ottenere un contratto, si presume corrotta; con onere della difesa di provare il contrario»⁴³.

⁴² Cfr. P. Cravetto, *Impresa italiana che opera nel Regno Unito tra d. lgs. 231/01 e Bribery Act 2010*, in *BusinessJus. Il mondo del diritto cambia*, 2016, p. 1.

⁴³ La traduzione è di R. Sullivan *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in L. Foffani, R. Acquaroli (a cura di), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Atti del convegno, Jesi, 12-13 aprile 2002, Giuffrè, Milano, 2003, p. 161.

L'ultimo atto che rileva è l'*Anti-Terrorism Crime and Security Act* del 2001 con il quale il legislatore inglese decise di estendere l'ambito territoriale della corruzione. In particolare, la giurisdizione domestica fu ampliata fino a ricomprendere fatti corruttivi realizzati all'estero da cittadini inglesi o comunque da persone giuridiche istituite nel Regno Unito.

La giurisdizione, tuttavia, non si estendeva fino a reprimere i fatti commessi dai cittadini stranieri che avessero commesso il reato all'estero, anche nel caso in cui fossero domiciliati in Inghilterra o Galles. Questo aspetto, considerato del tutto irragionevole perché poneva una inaccettabile differenziazione, sarebbe stato modificato, come a breve si vedrà, dal *Bribery Act* del 2011.

L'*Anti-Terrorism Crime and Security Act* del 2001 era comunque molto importante perché cercava di reprimere il fenomeno della corruzione internazionale. Del resto, a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, la lotta ai fenomeni di corruzione ha assunto la percezione⁴⁴ di un'esigenza di carattere internazionale: infatti, seguendo l'evoluzione dei rapporti politici ed economici su scala mondiale, è

⁴⁴ Sul tema della percezione cfr. intervento di R. Cantone, *Percezione della corruzione e politiche anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 febbraio 2019. La corruzione viene misurata attraverso un indice di percezione della Corruzione (CPI) di *Transparency International*.

emerso chiaramente che la repressione delle pratiche corruttive può essere realizzata solo con politiche internazionalistiche⁴⁵.

Più precisamente, la diffusione del fenomeno corruttivo, connessa alla globalizzazione del mercato internazionale, ha determinato un mutamento di pensiero sulla necessità di superare la concezione del fenomeno in termini meramente etici per giungere a comprendere che esiste una vera e propria "economia della corruzione"⁴⁶.

Di contro, è assai difficile stabilirne il costo poiché, come è stato giustamente osservato, pur conoscendo il valore esatto delle singole tangenti, questo non corrisponderà al costo della corruzione, in quanto non tiene conto di tutte le distorsioni che essa produce⁴⁷.

L'esigenza di fornire una risposta comune al problema ha subito, almeno a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, una profonda accelerazione, rappresentata da numerosi interventi sovranazionali

⁴⁵ Cfr. E. Epidendio, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti* in rivista231.it, 2015, secondo cui «si sono manifestati gli effetti distorsivi della concorrenza internazionale in stretto legame con il diverso trattamento riservato, nel paese di origine dell'ente, alle pratiche corruttive di pubblici ufficiali stranieri. Si registra una evidente discriminazione a favore di quelle imprese costituite come enti in quei Paesi dove la corruzione veniva tollerata o addirittura favorita, rispetto a Paesi dove le pratiche corruttive comportavano sanzioni non solo per la persona fisica, ma anche per gli enti giuridici e le imprese che ne avevano tratto vantaggio».

⁴⁶ R. Razzante, *La nuova regolamentazione anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 10.

⁴⁷ Si considerano costi "indiretti" della corruzione i ritardi nella definizione delle pratiche amministrative, il cattivo funzionamento degli apparati pubblici e la connessa inadeguatezza delle opere pubbliche, dei servizi e delle forniture pubbliche realizzate, il mancato controllo pubblico sull'attività di trasformazione del territorio. Cfr., tra gli altri, L. Picci, *Corruzione in Italia: ecco perché non costa 60 miliardi l'anno. Ma forse 100*, in *Il fatto quotidiano*, 1° aprile 2015.

volti a prevenire e reprimere le condotte di corruzione e tutta una galassia di fenomeni ad essa variamente connessi⁴⁸.

Orbene, nonostante la diffusione del fenomeno sia ormai datata, solo a partire dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso è maturata la consapevolezza diffusa della necessità di valorizzare gli strumenti idonei a reprimerlo: in tale prospettiva, sono così fiorite le iniziative «di tutte le istituzioni internazionali dotate di competenze normative o para-normative in materia economica»⁴⁹.

In questo contesto, dunque, si è collocato l'*Anti-Terrorism Crime and Security Act* del 2001, poi superato a seguito dell'approvazione del *Bribery Act*.

2.2. La ratio dell'introduzione del Bribery Act del 2011

L'introduzione del *Bribery Act*, nel 2011, ha segnato una vera e propria svolta nel diritto penale inglese sul versante della lotta alla corruzione. Prima di tale importante riforma normativa, infatti, come si è

⁴⁸ Spesso più che sollecitazioni, si è trattato di vere e proprie pressioni, rispetto alle quali gli Stati nazionali hanno dovuto verificare l'idoneità e la tenuta dei propri ordinamenti. Cfr. S. Manacorda, *La Corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, ESI, Napoli, 1999; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato nazione alla globalizzazione*, ESI, Napoli, 2012.

⁴⁹ S. Manacorda, *op. cit.*, p. 149 ss.

visto, non esisteva, nel Regno Unito, una disciplina organica capace di punire la corruzione sul versante del diritto penale⁵⁰.

Non è un caso, dunque, che la dottrina inglese⁵¹ abbia definito “radicale” la scelta del legislatore, a sottolineare la grande portata della novella legislativa, ed il suo immediato impatto sulla lotta alla corruzione.

La legge in esame ha avuto anzitutto il merito di abrogare secoli di sovrapposizione normative di *statutes* e norme di *common law* che si erano sovrapposti nel corso dei secoli senza alcuna coerenza organica ed omogeneità.

La *ratio* dell’introduzione di tale riforma, tuttavia, non risiede solo nell’indubbia esigenza di dare uniformità ad una materia che ormai era costellata di numerosi provvedimenti che, privi di sistematicità, mettevano in difficoltà lo stesso interprete, oltre che i consociati, andando a ledere il fondamentale principio della certezza del diritto, ma anche in altri motivi.

⁵⁰ Cfr., sul punto, quanto osservato da M. Lavacchini, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese. Il Bribery Act del 2011 tra scelte di diritto sostanziale e discrezionalità applicativa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 2, secondo cui «occorre però subito sottolineare come le scelte di diritto penale sostanziale effettuate dal legislatore inglese vadano costantemente considerate nel contesto in cui sono destinate ad essere applicate. Nel quadro dei tanti formanti, anche criptici, che caratterizzano il sistema penale inglese, un ruolo essenziale va riconosciuto al sistema processuale e in particolare alla discrezionalità nelle scelte in tema di indagini ed esercizio dell’azione penale. L’influenza di tale scenario si riflette sulla formulazione stessa della norma penale sostanziale: l’impatto della riforma va, in altre parole, misurato svolgendo un’analisi non puramente esegetica del testo normativo».

⁵¹ Cfr., tra gli altri, E. O’Shea, *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol University Press, Bristol, 2011, p. 1.

Anzitutto, i dati di *Transparency International*⁵² (TI) del 2010 collocavano il Regno Unito al ventesimo posto su 178 Paesi nella classifica del livello di corruzione percepito. Si avvertiva il bisogno, dunque, di cambiare lo stato delle cose, di affrontare in maniera decisa il problema della corruzione al fine anche di elevare il livello di percezione.

A ciò bisogna aggiungere il desiderio e la necessità del Regno Unito di adeguarsi al tentativo di armonizzazione in atto da tempo a livello europeo ed internazionale sul tema della corruzione. La partecipazione del Regno Unito a diverse organizzazioni internazionali e (all'epoca) all'Unione europea impose all'ordinamento giuridico inglese l'esigenza di adeguare la normativa interna al nuovo fenomeno corruttivo.

Sono state soprattutto le richieste provenienti dall'ambito internazionale ad indurre il Regno Unito ad introdurre il *Bribery Act*, in quanto esse hanno messo in luce l'esigenza di risposte coordinate ed omogenee alle pratiche corruttive considerato che la corruzione in un determinato Stato produce inevitabilmente effetti sull'economia, sulla concorrenza e sui mercati degli altri Stati nel nuovo mondo globalizzato.

L'influenza internazionale è testimoniata dall'*iter* della riforma: va segnalato che il *Bribery Act* è il frutto di una serie di tentativi di riforma della disciplina in materia di corruzione che partono dagli anni Settanta e che hanno accelerato soprattutto a partire dalla fine del secolo scorso.

Assume rilevanza, in particolare, il rapporto della Law Commission, *Legislating the Criminal Code: Corruption*, pubblicato nel 1998, che

⁵² Tale statistica fa riferimento al Regno Unito nella sua interezza, comprensivo, dunque, anche di Galle, Scozia e Irlanda del Nord, oltre ovviamente l'Inghilterra.

traeva spunto dalla Convenzione OCSE del 1997 sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri.

Al fine di comprendere il Bribery Act, dunque, è indispensabile l'analisi della Convenzione OCSE del 1997.

Va segnalato, invero, che il primo testo dell'OCSE dedicato alla corruzione nelle transazioni commerciali internazionali è la "Raccomandazione sulla Corruzione nelle transazioni commerciali internazionali" del 1994⁵³. Questo testo, nonostante il suo carattere meramente programmatico, descrive dettagliatamente i fenomeni corruttivi e individua il proprio campo di applicazione principale nella corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, divenendo il primo accordo multilaterale sul punto⁵⁴.

Gli obiettivi dell'OCSE, *«che tendono alla realizzazione di più alti livelli di crescita economica alla luce del concetto di sviluppo sostenibile, di occupazione, di tenore di vita, favorendo gli investimenti e la competitività e mantenendo la stabilità finanziaria, sono altresì orientati a contribuire allo sviluppo dei Paesi non membri»*⁵⁵.

Questi obiettivi vengono perseguiti *«attraverso varie attività quali l'individuazione di principi comuni, la predisposizione di intese con*

⁵³ Si v. G. Forti, *Il prezzo della tangente. La Corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Vita e Pensiero, Milano, 2003 p 198 ss. Su tal punto si raccomanda agli Stati di adottare misure efficaci per sanzionare *«il fatto di offrire o corrispondere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, pecuniario o di altra natura, ad un agente pubblico straniero o per suo conto, in violazione degli obblighi legali di quest'ultimo, al fine di conservare o ottenere un mercato»*.

⁵⁴ Per un breve commento al testo cfr. G. Sacerdoti, *La cooperazione contro la corruzione nel commercio internazionale*, in *Impresa&Stato*, 29, marzo 1995.

⁵⁵ www.esteri.it.

valore vincolante e di Convenzioni; la raccolta e l'armonizzazione di dati; l'elaborazione di studi nazionali e comparativi; gli esami-Paese secondo il metodo della "peer review", o "giudizio dei pari"; l'attività preparatoria e seguiti di incontri internazionali ad alto livello, la definizione di linee guida e coordinamento delle politiche di cooperazione allo sviluppo attraverso il Comitato di Aiuto allo Sviluppo (DAC)⁵⁶».

L'OCSE, dunque, tra le diverse organizzazioni internazionali, è quella che più di ogni altra è finalizzata a garantire uno sviluppo economico sostenibile ai suoi membri e una integrazione dei mercati. L'obiettivo, poi, è anche quello di armonizzare le legislazioni dei diversi Stati membri nelle varie materie di cui si occupa⁵⁷.

Nel 1997, dunque, è stata firmata la Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, promossa appunto dall'OCSE, di fondamentale importanza poiché è volta a disciplinare la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri⁵⁸: essa, infatti, oltre che contenere una serie di disposizioni

⁵⁶ www.esteri.it. Sul punto si veda anche G. Costa, P. Gubitta, *Organizzazione aziendale. Mercati, gerarchie e convenzioni*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 34 ss.

⁵⁷ Cfr. T. Persio Porzia, *Evoluzione della corruzione e primato del legislatore internazionale: aspetti problematici di una "avocazione" legislativa*, in *La Giustizia penale*, 4, 2017, p. 230 ss.; N. Parisi, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*. Relazione al "Secondo Incontro Nazionale con il responsabile della prevenzione della corruzione", Roma, 24 maggio 2016, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2-3, 2016, p. 185 ss.

⁵⁸ Cfr. R. Cantone, *op. cit.*: «il contrasto alla corruzione non è più un'azione domestica ma è un vero e proprio dovere assunto con la ratifica delle convenzioni internazionali. Quest'azione di repressione dei fenomeni corruttivi deriva direttamente da quegli obblighi internazionali che hanno una loro rilevanza costituzionale attraverso il parametro interposto dell'art 117 1co. Cost».

sistematiche in materia di giurisdizione e di diritto processuale, ha rafforzato il profilo repressivo delle condotte corruttive.

La Convenzione parte dalla considerazione che il fenomeno della corruzione nelle transazioni economiche internazionali costituisce un ostacolo rilevante per l'affermazione dello sviluppo sostenibile e della democrazia: gli effetti della corruzione, infatti, sono giudicati devastanti per la crescita economica dei Paesi coinvolti. In tale prospettiva, la Convenzione individua nella lotta alla corruzione una sfida indispensabile per la crescita globale.

La Convenzione, pertanto, ambisce a fornire un quadro giuridico completo in materia di corruzione, ed ha carattere vincolante nei confronti degli Stati aderenti, anche se non membri dell'OCSE, perché è soggetta a ratifica. La Convenzione, in particolare, ha introdotto disposizioni molto innovative, considerato che all'epoca della conclusione dell'Accordo in quasi tutti gli Stati OCSE la corruzione di un pubblico ufficiale straniero non era considerata un reato.

L'art. 12 della Convenzione prevede un meccanismo piuttosto complesso e rigoroso in merito al rispetto degli obblighi che sono stati assunti dagli Stati aderenti, in quanto viene affidata la funzione di monitoraggio al Gruppo di lavoro per la lotta alla corruzione degli ufficiali pubblici stranieri nelle transazioni economiche internazionali (*Working Group on Bribery*).

Il meccanismo di verifica, in particolare, si concentra sullo strumento della "*perr review*", ossia del c.d. esame tra pari. In particolare, la prima fase di tale meccanismo consiste nella valutazione della capaci-

tà dei diversi ordinamenti nazionali di adattarsi al quadro normativo previsto dalla Convenzione. Tale valutazione ha carattere generico⁵⁹.

La seconda fase, invece, fa riferimento agli indicatori OCSE con riguardo all'effettiva applicazione della Convenzione. Si prosegue, poi, con il monitoraggio dell'attuazione delle disposizioni contenute nella Convenzione: la fase di monitoraggio impone di tenere in considerazione tre obiettivi principali: i progressi fatti dagli Stati, analisi delle eventuali modifiche apportate per adattare la legislazione alla Convenzione, verifica di quanto fatto sotto il profilo dell'*enforcement*.

La Convenzione, in generale, si pone dunque come obiettivo quello di reagire ad un fenomeno, quale quello della corruzione internazionale, che viene considerato del tutto inaccettabile, vera e propria piaga della società. Per tale ragione, viene imposto agli Stati aderenti di considerare reato gli atti di corruzione dei pubblici ufficiali stranieri al fine di ottenere indebiti vantaggi nell'ambito delle transazioni commerciali internazionali, a prescindere se siano commessi da persone fisiche o giuridiche.

Deve essere segnalato che le disposizioni contenute nella Convenzione OCSE, nonché le relative norme di attuazione, non si limitano a reprimere la corruzione dei funzionari degli altri Stati membri, estendendosi, pur in assenza di un vincolo di reciprocità, ai pubblici ufficiali indipendentemente dallo Stato cui essi appartengano.

⁵⁹ Cfr. P. Severino, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*. Intervento alla "School of Government" della LUISS - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali - Guido Carli, Roma, 23 marzo 2016, in *Archivio penale*, 3, 2016, p. 635 ss.

In tal modo, la Convenzione ambisce ad esercitare un'efficacia repressiva e dissuasiva a favore delle imprese che si comportano in maniera corretta sul mercato. Preventiva, soprattutto, in quanto si sollecitano le imprese che operano prevalentemente sui mercati internazionali ad astenersi dal realizzare condotte integranti il reato di corruzione.

La lotta alla corruzione internazionale non è affatto semplice, soprattutto a causa dell'aumento delle reti coinvolte e della pervasività dei fenomeni di criminalità organizzata. A ciò bisogna aggiungere che molto spesso il quadro normativo è compiacente con il fenomeno, in quanto i gruppi di pressione che hanno interesse ad una repressione superficiale della corruzione sono quelli che finanziano le campagne elettorali dei partiti politici, ottenendone vantaggi.

Questo fenomeno, visibile all'interno di ogni Stato membro, è palese anche a livello più alto, se solo si considera che le stesse Convenzioni costituiscono il frutto di lunghi accordi e di compromessi nei quali le logiche economiche e politiche hanno un ruolo decisivo.

In un contesto siffatto, le Convenzioni, affidandosi comunque alla legislazione interna dei singoli Stati membri, rischiano di rimanere molto spesso inefficaci, imponendo anche un ripensamento del modello convenzionale nella sua interezza, in quanto rischia di crearsi uno scarto significativo tra efficacia ed effettività della disciplina.

Tuttavia, si tratta di criticità che sono difficilmente superabili, stante il vincolo della sovranità degli Stati che si atteggia come vincolo insuperabile, richiedendosi, piuttosto, una cooperazione tra gli stessi idonea a superare logiche egoistiche. Non è affatto semplice, tuttavia, conside-

rato che ognuno degli Stati si mostra tradizionalmente poco incline a tollerare interferenze altrui.

L'impianto della Convenzione, poi, si caratterizza per una serie di obblighi che presentano caratteristiche diverse tra loro, ciascuno con un diverso grado di incisività, partendo dai più stringenti fino ad arrivare a quelli affidati al *soft law*.

Profilo critico ulteriore, poi, è il meccanismo di *review*, dotato generalmente di scarsa efficacia⁶⁰. Eppure, considerato che «*gli Stati, nel loro rapporto con le norme giuridiche internazionali ... tendono a seguire dei comportamenti che tutelino i loro interessi sovrani, tenendo conto tuttavia della loro conformità o meno al diritto internazionale, e valutando in termini di costi-benefici ... i vantaggi o svantaggi derivanti da una violazione del medesimo*»⁶¹, gli accordi diretti alla repressione del fenomeno della corruzione dovrebbero essere favorevoli per tutte le parti in causa.

Pare evidente, dunque, che al fine di dare vita ad un progetto effettivo di repressione della corruzione transnazionale, è necessario un elevato grado di affidabilità e di efficienza tra gli Stati con l'obiettivo di attuare al meglio le disposizioni contenute nella Convenzione⁶².

⁶⁰ Sul tema cfr. G. Nicchia, *I meccanismi di monitoraggio istituiti dalle Convenzioni internazionali in tema di lotta alla corruzione*, in A. Del Vecchio, P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2014, p. 451.

⁶¹ P. Picone, recensione al volume di J.L. Goldsmith, E.A. Posner, *The Limits of International Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 1282

⁶² Cfr. C. Focarelli, *Diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2012, p. 688 ss.

Tuttavia, sarebbe riduttivo ritenere che il problema è solo normativo, sottovalutando il profilo istituzionale e culturale che, nell'ambito della repressione della corruzione, gioca un ruolo decisivo e di primo piano⁶³. La convinzione, infatti, ancora oggi è quella che la corruzione internazionale costituisca un comportamento non così pernicioso, in quanto endemico e connaturato allo stesso dipanarsi delle relazioni economiche a livello internazionale⁶⁴.

Quello che appare evidente, allo stato attuale, è che la scelta di attuare in maniera più o meno rigorosa gli obblighi convenzionali è frutto di valutazioni esclusivamente politiche. Chiaro è, quindi, che, pur in presenza di tutte le criticità summenzionate, la Convenzione sarebbe comunque in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati se fosse attuata in maniera efficace.

Quello che si vuole sostenere è che nessuna Convenzione, o meglio nessun testo internazionale, anche quello più efficace, raggiungerebbe gli obiettivi prefissati in assenza di una cooperazione e di una reale volontà di repressione del fenomeno da parte degli Stati che sono chiamati a darvi attuazione.

Questo è il motivo per cui i diversi Stati sono stati sollecitati ad emanare al loro interno disposizioni puntuali che testimoniano la volontà di reprimere la corruzione. Ed è proprio in questo contesto che si colloca il *Bribery Act* del 2011.

⁶³ Cfr. R. Cantone, *op. cit.*: «la corruzione ha una necessità intrinseca di sposarsi ad un cambiamento etico e culturale. Il cambiamento è importante ma serve anche una maggiore assunzione di responsabilità, disponibilità delle istituzioni pubbliche a discutere del fenomeno corruttivo».

⁶⁴ C. Focarelli, *Criminalità transnazionale (repressione della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 249.

La *Law Commission*, nella sua relazione conclusiva allegata alla legge appena approvata, sottolineava tre criticità che avevano accompagnato la disciplina previgente: la frammentazione, la difficile demarcazione tra settore pubblico e settore privato e l'incertezza nella terminologia utilizzata⁶⁵.

Alla luce di quanto detto sinora, dunque, è possibile comprendere le misure adottate dal legislatore inglese.

2.3.1. L'impianto delineato dal *Bribery Act*: la costruzione di un modello unitario di tutela

Prima di analizzare nel dettaglio la normativa contenuta nel *Bribery Act*, pare opportuno esaminare l'impianto delineato dal legislatore inglese. La scelta, rispetto a quanto ad esempio avvenuto nell'ordinamento giuridico italiano, sul quale ci si soffermerà nell'ultimo capitolo

⁶⁵ Come è stato osservato da M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 8 s., «il primo settore di criticità atteneva dunque all'esistenza di una pluralità di fonti in tema di corruzione e al bisogno, viceversa, di chiarezza, razionalizzazione e risistemazione della materia considerata, esigenza tra l'altro confermata dalle raccomandazioni dell'OCSE al Regno Unito. Sotto il secondo profilo, la *Law Commission* rilevava come lo statute del 1889 si riferisse alla corruzione nel settore pubblico, mentre quello del 1906 riguardasse tanto la corruzione pubblica quanto quella privata. La disciplina sostanziale dei due settori, pubblico e privato, secondo lo studio della Commissione, non presentava differenze significative, eccetto per la 'presumption of corruption' stabilita nel *Prevention of Corruption Act 1916*. Questa era, infatti, idonea a marcare una notevole distinzione sotto il profilo probatorio a seconda che il fatto si fosse verificato in ambito pubblico o in ambito privato. Si aggiunga che la LC aveva costantemente rifiutato l'idea che esistesse una maggiore e una minore gravità nelle condotte di corruzione verificatesi rispettivamente nel settore pubblico e privato. Entrambe sono caratterizzate da un'offensività tale da sottolinearne il particolare disvalore sociale e rendere necessaria l'incriminazione delle condotte illecite. Il terzo profilo problematico atteneva all'incoerenza con cui le diverse fonti descrivevano gli elementi rilevanti della condotta incriminata, creando così un notevole rischio di diversa e incoerente applicazione normativa».

dell'indagine, appare fortemente innovativa, anche se coerente con quanto il legislatore inglese aveva già fatto nel 1906⁶⁶.

Si è optato, infatti, ancora una volta, per un modello di tutela unitario, comprensivo sia della lotta alla corruzione pubblica che a quella privata. La *Law Commission*, nel suo *Report* conclusivo che ha accompagnato l'entrata in vigore della legge, ha spiegato ampiamente questa scelta⁶⁷.

Secondo la *Law Commission*, in particolare, il processo di privatizzazione che ha interessato il Regno Unito (e non solo) impone di adottare un modello di tutela unitario onde evitare che fattispecie ibride, collocate a metà tra il settore pubblico e quello privato, possano sfruttare le incertezze legislative e sfuggire alla repressione penale.

A ciò si aggiungano anche ragioni di mera politica criminale: la corruzione nel settore pubblico e quella nel settore privato sono fenomeni connotati dallo stesso disvalore sociale, ragion per cui non c'è motivo di trattarli diversamente, in quanto lo *standard* di tutela deve essere lo stesso⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. quanto osservato da F. Macrì, *La corruzione tra privati (art. 2365 c.c.): i recenti ritocchi della legge "Spazzacorrotti" (L. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 1° aprile 2019, p. 16, secondo cui «la scelta di fondo che caratterizza il BA 2010, e che senz'altro rappresenta l'elemento maggiormente al centro dell'attenzione dei commentatori provenienti dai paesi dell'Europa continentale, è l'adozione di un modello unitario di contrasto/repressione penale del fenomeno corruttivo, in seno al quale non viene fatta alcuna distinzione tra le condotte coinvolgenti funzionalmente soggetti appartenenti al settore pubblico, e quelle poste in essere tra privati».

⁶⁷ Cfr. LC Consultation Paper n. 185, par. 1.11

⁶⁸ Cfr. J. Alldrige, *Reforming Bribery: Law Commission Consultation Paper 185 (1) Bribery Reform and the Law Commission— Again*, in *The Criminal Law Review*, 2008, p. 677 ss.

Sebbene sia stato scelto un modello di tutela unitario, la *Law Commission* sottolinea che, in determinate circostanze, i pubblici ufficiali, diversamente dai privati, sono tenuti in misura più stringente a rispettare i doveri di comportamento imposti dall'ordinamento giuridico.

Il modello unitario fa sì che il reato di *bribery* non sia considerato un reato proprio, bensì un reato che può essere commesso sia da una persona fisica, a prescindere dal fatto che sia pubblica o privata, sia da un *agent*, ossia una persona giuridica.

La scelta di un modello unitario non è esente da critiche: si è sostenuto, infatti, che in alcuni casi sarebbe opportuno distinguere tra fattispecie delittuosa commessa da un soggetto pubblico e corruzione commessa da un privato.

Si è osservato, in particolare, che «*sebbene la condotta possa essere, in una certa misura, assimilabile negli elementi del fatto tipico tanto se commessa dal pubblico ufficiale quanto da parte del soggetto privato, l'elemento soggettivo e, pertanto, la rappresentazione e volontà del fatto illecito e del suo disvalore da parte del soggetto attivo-pubblico ufficiale e del soggetto attivo-privato potrebbe essere diversamente strutturato in termini di maggiore e minore dettaglio normativo*»⁶⁹.

In altri termini, «*il rilievo pubblicistico della posizione del pubblico ufficiale nell'esercizio dei suoi doveri richieda una mens rea che si rappresenti non solo il disvalore della condotta, ma anche il ruolo che egli ricopre nella società. L'incriminazione della condotta del sogget-*

⁶⁹ M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 10.

to privato deve, invece, lasciare adeguato spazio al libero sviluppo dei rapporti privati nell'ambito delle attività economiche, aspetto questo che deve essere egualmente tutelato dall'ordinamento. L'elemento soggettivo in tale ultimo caso potrebbe dunque essere diversamente articolato proprio per distinguere le condotte penalmente rilevanti da quelle, invece, irrilevanti ai fini della tutela penale»⁷⁰.

Il ricorso al modello unitario, dunque, rischia di creare confusione tra i beni giuridici tutelati dalla norma che non possono essere gli stessi per la corruzione pubblica e quella privata. Se è vero, infatti, che la *ratio* repressiva è la stessa, nel senso che la corruzione va punita a prescindere se venga commessa da un soggetto pubblico o privato, è altrettanto vero che considerare le due fattispecie di corruzione pubblica e privata allo stesso modo rischia di creare più problemi di quanti ne risolve.

⁷⁰ M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 10.

Indubbiamente il fenomeno delle privatizzazioni ha ridotto la distinzione tra settore pubblico e privato, ma non l'ha definitivamente eliminata⁷¹.

2.3.2. (segue) ... le nuove fattispecie penali introdotte

Il *Bribery Act*, come già segnalato, ha innovato in maniera significativa il quadro normativo previgente. Seguendo le indicazioni della *Law Commission*, si è scelto di fare sostanzialmente *tabula rasa* di tutto il coacervo di disposizioni previgenti innovando in maniera significativa il quadro normativo, nell'ottica di una forte anticipazione della tutela penale.

⁷¹ Si tratta di una problematica che è stata affrontata anche dalla dottrina italiana: cfr. V. Manes, *Servizi Pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo Statuto Penale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2010; A. Spina, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politicocriminali*, in M. Catenacci, G. Marconi (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2009. Secondo M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 11, «se da un lato il fenomeno delle privatizzazioni potrebbe giustificare l'adozione di una fattispecie unitaria di corruzione pubblica e privata, dall'altro, invece, si sostiene che la metamorfosi nella gestione dei pubblici servizi sarebbe precisamente una metamorfosi qualitativa che non potrebbe essere né sminuita né travisata. Il condizionamento pubblicistico sarebbe ciò che fonda e limita le qualifiche soggettive: le esigenze che potranno manifestarsi nel settore privato saranno, dunque, diverse e ulteriori. La dottrina italiana ha in proposito avanzato l'ipotesi di rimeditare la figura e la nozione del pubblico agente piuttosto che adottare un modello unitario di tutela. O per meglio dire, il dibattito ha visto contrapporsi ipotesi di adozione di un modello unitario proprio in ragione del fenomeno delle privatizzazioni e, dunque, caratterizzato dalla necessità di far fronte alle profonde ripercussioni di questo sugli elementi della fattispecie di corruzione pubblica (c.d. modello delle privatizzazioni); e dall'altro, ipotesi di ampliamento della sola nozione di pubblico ufficiale al fine di comprendere anche i soggetti ormai privi di tale qualifica a livello formale, eliminando così la necessità di predisporre una fattispecie di corruzione privata, quantomeno connotata dalle esigenze ora descritte».

Il provvedimento, anzitutto, introduce due nuove ed autonome fattispecie, nelle *Sections* n. 1 e 2, rispettivamente di corruzione attiva e passiva. La corruzione attiva consiste nel promettere, offrire o dare un vantaggio, mentre quella passiva nella domanda, nell'accordo a ricevere e nell'accettazione del suddetto vantaggio⁷².

Le *Sections* n. 3 e 4 hanno principalmente carattere definitorio di alcune condizioni alla presenza delle quali le condotte diventano penalmente rilevanti. In particolare, si fa riferimento alle nozioni di *relevant functions or activities* e *improper performance*.

Il *Bribery Act* ha poi introdotto una fattispecie nuova, c.d. *failure of commercial organisations to prevent bribery*, alla *Section* n. 7, in cui il soggetto attivo è una persona giuridica. Su tale *Section* ci si soffermerà in maniera dettagliata nel terzo capitolo dell'indagine. La *Section* n. 9, poi, ha dato la possibilità al *Secretary State* di emanare una guida che predispose le c.d. *adequate procedures* che gli enti devono adottare per prevenire i fatti corruttivi al proprio intero. Anche su tale aspetto ci si soffermerà in maniera analitica nel terzo capitolo dell'elaborato.

⁷² La presenza di tali elementi deve essere ravvisata sulla base del c.d. *expectation test* di cui alla *Section* n. 5: «*For the purposes of sections 3 and 4, the test of what is expected is a test of what a reasonable person in the United Kingdom would expect in relation to the performance of the type of function or activity concerned. (2) In deciding what such a person would expect in relation to the performance of a function or activity where the performance is not subject to the law of any part of the United Kingdom, any local custom or practice is to be disregarded unless it is permitted or required by the written law applicable to the country or territory concerned. (3) In subsection (2) "written law" means law contained in - (a) any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or (b) any judicial decision which is so applicable and is evidenced in published written sources*».

La *Section* n. 12, invece, individua l'ambito di applicazione territoriale del provvedimento, ossia tutto il Regno Unito e non solo l'Inghilterra. Normalmente il diritto penale inglese trova applicazione solo per Galles ed Inghilterra, ma nel caso ci specie c'è stato il consenso anche della Scozia nonché dell'Irlanda del Nord all'applicazione del *Bribery Act*.

La *Section* n. 10, infine, prevede il c.d. *consent to prosecution* che deve essere necessariamente richiesto prima di esercitare l'azione penale non più all'*Attorney General*, ma ai direttori delle c.d. *Relevant Prosecuting Authorities* specificate nella sezione stessa.

Le nuove fattispecie penali che sono state introdotte presentano due particolarità molto interessanti: la prima, di cui si è già detto, consiste nella scelta di un modello unitario di tutela sia per le fattispecie delittuose di corruzione pubblica che di quella privata; la seconda, invece, è la scelta di prevedere due autonome fattispecie di reato quali la corruzione attiva e quella passiva, generalmente considerate in un unico reato⁷³.

Si tratta di una scelta, suggerita dalla *Law Commission*, che finisce con l'anticipare in maniera significativa la tutela penale, facendo ricadere nell'ambito del diritto penale anche "meri" atti di istigazione alla corruzione attiva e passiva.

Le due condotte, dal punto di vista pratico, sono comunque strettamente legate tra loro, pur integrando due autonome fattispecie di reato: il pagamento futuro di una tangente, infatti, richiede pur sempre la

⁷³ Cfr. V. Mongillo, *op. ult. cit.*, p. 416.

presenza di un soggetto che la riceva. Tuttavia, ciò non impedisce la possibilità che il reato venga integrato autonomamente, in mancanza dell'effettiva corresponsione della tangente o della sua ricezione⁷⁴.

Va segnalato, in conclusione, che mentre i reati di corruzione attiva e passiva si configurano anche quando l'agente ha intenzione di ottenere un vantaggio personale, le fattispecie di cui alle *Section* n. 6 e 7 presuppongono necessariamente contesti in cui vi è una relazione commerciale.

2.3.3. (segue) ... le fattispecie di corruzione attiva e passiva

Pare ora opportuno esaminare nel dettaglio le fattispecie di corruzione attiva e passiva. Soggetti attivi di tali fattispecie delittuose possono essere sia le persone fisiche che quelle giuridiche. La persona giuridica, in particolare, potrà essere considerata soggetto attivo del reato in presenza di una persona fisica che abbia voluto o approvato la realizzazione dell'illecito.

Ciò è espressamente previsto nella parte iniziale della *Section* n. 14, secondo cui «*If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of - (a) a senior officer of the body corporate or Scottish partnership, or (b) a person purporting to act in such a capacity, the senior officer or person (as well as the body corporate or*

⁷⁴ Cfr. LC Report 313, par. 3.29-3.32 e par. 3.33.

partnership) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly».

Per quanto riguarda, in particolare, la corruzione attiva, prevista dalla *Section n. 1*⁷⁵, essa fa riferimento al soggetto che offre il vantaggio indebito ad un altro soggetto con l'obiettivo di ottenere un atto illecito. Il legislatore ha previsto due diversi casi che possono essere così sintetizzati: a) la messa a disposizione di un vantaggio a favore del corrotto, c.d. *recipient*, o di un terzo; b) la messa a disposizione di un vantaggio a favore di un soggetto la cui mera accettazione può rappresentare, in considerazione della particolare posizione da questi ricoperta, un *improper performance*.

Nella fattispecie *sub a)*, poi, rientrano due diverse altre ipotesi, *inducement offence* e *reward offence*. Quanto alla *inducement offence*, essa si concretizza nell'offrire o promettere un determinato vantaggio con lo scopo di convincere il ricevente oppure un terzo a porre in essere illegittimamente attività o funzioni rilevanti.

Quanto alla *reward offence*, invece, essa si concretizza nell'offrire o promettere un'utilità con l'obiettivo di ricompensare qualcuno per l'attività illecita realizzata. In tal caso, dunque, è evidente l'interesse

⁷⁵ Questo è il testo: «*A person ("P") is guilty of an offence if either of the following cases applies. (2) Case 1 is where - (a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and (b) P intends the advantage - (i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or (ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity. (3) Case 2 is where - (a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and (b) P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity. (4) In case 1 it does not matter whether the person to whom the advantage is offered, promised or given is the same person as the person who is to perform, or has performed, the function or activity concerned. (5) In cases 1 and 2 it does not matter whether the advantage is offered, promised or given by P directly or through a third party».*

dello Stato ad evitare che un pubblico ufficiale commetta un atto illecito nella speranza di ricevere una ricompensa da coloro che ricevono un vantaggio da tale atto.

Quanto all'ipotesi *sub b)*, si parla di *compromise of position*. In tal caso, infatti, l'utilità viene offerta da un soggetto che ricopre una posizione molto significativa ed influente, senza richiedere nulla di specifico in cambio.

Tuttavia, tali soggetti non possono in alcun modo accettare regalie o altri vantaggi in quanto ciò potrebbe compromettere il corretto svolgimento delle loro funzioni, minando la serenità nell'esercizio della carica.

Al fine del verificarsi di tale reato, diversamente dalle due ipotesi precedenti per le quali è richiesta l'*intention*, ossia la volontà, è sufficiente che il soggetto si rappresenti astrattamente la possibilità che il suo atto possa in qualche modo rivelarsi utile in futuro per ottenere qualcosa in cambio.

Per quanto riguarda, invece, la corruzione passiva, essa è prevista dalla *Section* n. 276. La condotta del corrotto assume rilevanza penale in quattro diverse ipotesi.

La prima fattispecie si verifica in caso di richiesta, ricezione o consenso a ricevere un vantaggio da parte del corrotto con l'intenzione di commettere un atto illecito. In tale ipotesi è richiesta la presenza dell'*intention*.

La seconda fattispecie è collegata alla seconda ipotesi di corruzione attiva, ossia alla *compromise of position*: il corrotto, infatti, richiede oppure "si limita" a ricevere un vantaggio che, in ragione della carica ricoperta, rappresenta un *improper performance of a relevant function or activity*.

In tal caso non è richiesta l'*intention*, in quanto, considerata la carica ricoperta, il corrotto deve necessariamente essere a conoscenza dell'antidoverosità della sua condotta.

⁷⁶ Questo è il testo completo: «*A person ("R") is guilty of an offence if any of the following cases applies. (2) Case 3 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly (whether by R or another person). (3) Case 4 is where - (a) R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage, and (b) the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity. (4) Case 5 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage as a reward for the improper performance (whether by R or another person) of a relevant function or activity. (5) Case 6 is where, in anticipation of or in consequence of R requesting, agreeing to receive or accepting a financial or other advantage, a relevant function or activity is performed improperly - (a) by R, or (b) by another person at R's request or with R's assent or acquiescence. (6) In cases 3 to 6 it does not matter - (a) whether R requests, agrees to receive or accepts (or is to request, agree to receive or accept) the advantage directly or through a third party, (b) whether the advantage is (or is to be) for the benefit of R or another person. (7) In cases 4 to 6 it does not matter whether R knows or believes that the performance of the function or activity is improper. (8) In case 6, where a person other than R is performing the function or activity, it also does not matter whether that person knows or believes that the performance of the function or activity is improper*».

La terza fattispecie si configura nella richiesta, accordo a ricevere o accettazione di un vantaggio come ricompensa per aver realizzato un *improper performance of a relevant function or activity*. Come si è già sottolineato in precedenza, l'interesse del legislatore non è solo quello di punire chi commette un fatto per realizzare un determinato atto del suo ufficio, ma anche chi lo commette nella speranza di ricevere una ricompensa. Anche in tal caso, come nel precedente, non è richiesta la presenza di alcun elemento soggettivo.

La quarta ed ultima fattispecie si configura allorché il corrotto pone in essere un atto illecito in previsione della richiesta oppure della ricezione di un vantaggio, anche in assenza di qualunque contatto precedente con il corruttore.

Va segnalato, in conclusione, che entrambi i reati di corruzione, attiva e passiva, presuppongono che si siano verificate due condizioni: la condotta, anzitutto, deve essere stata realizzata nell'esercizio di attività o funzioni rilevanti, secondo quanto previsto dalla *Section* n. 3; in secondo luogo, la condotta deve derivare da un'attività illecita, secondo quanto previsto dalle *Sections* n. 4 e 5.

La presenza di queste due condizioni segna un distacco significativo rispetto alla disciplina previgente, in quanto il legislatore ha deciso di puntare l'accento non più sulla mera qualifica formale del soggetto agente, ma sui doveri che egli è tenuto a rispettare in considerazione della posizione ricoperta.

2.3.4. (segue) ... *relevant function or activity e improper performance*

Le funzioni rilevanti sono espressamente previste dalla *Section* n. 3, che fa riferimento a funzioni pubbliche, ad attività commerciali in senso lato oppure ad attività che vengono esercitate nell'ambito dell'ente⁷⁷.

L'agente, inoltre, deve comportarsi, con riguardo alla situazione concreta, secondo buona fede ed imparzialità, oppure deve garantire un legittimo affidamento risposto in lui, secondo una persona di ordinaria diligenza.

La funzione o l'attività può essere considerata rilevante solo se rispetta tutti i requisiti previsti dalla norma. Sono rilevanti quelle funzioni o attività aventi natura pubblica, commerciale, quelle esercitate nello svolgimento della propria attività lavorativa e quelle esercitate da un ente oppure per conto di un ente, a prescindere dal fatto che si tratti di una persona giuridica o meno. Tutti coloro che esercitano attività al di fuori di quelle espressamente previste dalla *Section* n. 3 non rientrano nell'ambito di applicazione del Bribery Act⁷⁸.

Al fine di verificare la presenza delle condizioni contenute nella *Section* n. 3 appare indispensabile verificare anzitutto la qualifica formale

⁷⁷ Cfr. M. Papa, F. Palazzo, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 55 ss.

⁷⁸ Cfr. M. Papa, F. Palazzo, *op. cit.*, p. 61 ss.

dell'agente, in secondo luogo la presenza delle condizioni di buona fede, imparzialità e legittimo affidamento.

Per quanto concerne, in particolare, l'imparzialità, si tratta di un concetto che si è evoluto nel corso del tempo. Esso, infatti, era inizialmente inteso esclusivamente come indifferenza del pubblico ufficiale alle pressioni della politica, ossia nel senso di impermeabilità.

Oggi, invece, l'imparzialità viene intesa come necessità di esaminare e tenere in dovuta considerazione tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. La nuova interpretazione del concetto di imparzialità sposta il centro dell'attenzione. Dal profilo soggettivo il centro dell'attenzione si è spostato al profilo oggettivo dell'azione, la funzione amministrativa.

Va segnalato, ancora, che la funzione e l'attività esercitate non devono necessariamente avere un nesso con il Regno Unito: le uniche limitazioni all'applicazione della legge, infatti, sono rappresentate dal criterio della nazionalità oppure della residente del soggetto o dell'ente.

Il secondo presupposto della condotta è rappresentato dall'*improper performance*⁷⁹. Si intende fare riferimento ad una condotta illecita, in contrasto con l'interesse pubblico o privato. Si è osservato che «*la legge non definisce il significato di improper performance ma si può*

⁷⁹ «Ricapitolando dunque, la condotta di corruzione attiva o passiva è integrata soltanto nel momento in cui, in via preliminare, siano presenti due requisiti: *relevant function or activity* e *improper performance*. La prima sussiste se la funzione è esercitata nell'ambito di un'attività pubblica, di un'attività commerciale, oppure nell'ambito di un'attività lavorativa o posta in essere per conto di un ente. Tali ambiti si definiscono in connessione con la violazione delle aspettative di buona fede, imparzialità e fiducia riposte nel soggetto che, invece, accetta la tangente. A questo punto, si inserisce la seconda condizione: le aspettative devono essere violate tenendo una condotta scorretta o comunque disonesta, determinando, quindi, un *breach of relevant expectation*»: così M. Lavacchini, op. cit., p. 18.

assumere che consista in qualsiasi azione o omissione che comporti una violazione delle aspettative di buona fede, imparzialità e fiducia. Pertanto l'offerta o la richiesta di un vantaggio non è sufficiente: questo deve essere dato o cercato al fine di indurre o ricompensare qualcuno a compiere delle funzioni o attività in violazione dei doveri di buona fede, imparzialità o di una relazione di fiducia»⁸⁰.

Pare evidente, in conclusione, la volontà del legislatore, per un verso, di estendere l'ambito applicativo della tutela anticipando in maniera significativa la tutela penale, per altro verso la volontà di evitare interpretazioni eccessivamente estensive individuando precisi requisiti indispensabili per il configurarsi delle fattispecie.

Il modello, pur presentando le criticità di cui si è detto, ha tutto sommato funzionato in maniera abbastanza egregia e continua a produrre buoni risultati.

Resta da verificare, tuttavia, quali sono le caratteristiche e le criticità della repressione penale dei fatti corruttivi commessi dalle persone giuridiche.

⁸⁰ M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 18.

Capitolo III

Lotta alla corruzione e responsabilità penale delle società

Sommario: 3.1. La *section 7* del *Bribery Act*: la responsabilità delle imprese per corruzione attiva; 3.2. La responsabilità delle imprese per corruzione attiva di un pubblico ufficiale straniero; 3.3. La giurisdizione in materia di responsabilità delle imprese; 3.4. Le *adequate procedures*; 3.5. Un caso pratico

3.1. La *section 7* del *Bribery Act*: la responsabilità delle imprese per corruzione attiva

La *section 7*⁸¹ disciplina la responsabilità delle imprese in caso di corruzione attiva, ad esclusione, dunque, della corruzione passiva. A tal proposito la *Joint Prosecution Guidance on the Bribery Act 2010*, in commento alla *section 7*, chiarisce che «*the offence is not a substantive bribery offence. It does not involve vicarious liability and it does not replace or remove direct corporate liability for bribery. If it can be proved that someone representing the corporate 'directing mind' bribes or receives a bribe or encourages or assists someone else to do so the it may be appropriate to charge the organisation with a section 1 or 6 offence in the alternative or in addition to any offence under section 7 (or a section 2 offence if the offence relates to being bribed)*».

La corruzione attiva delle società si configura nel momento in cui la condotta corruttiva viene realizzata da un soggetto che agisce in nome della società⁸².

⁸¹ Questo il testo completo «(1) *A relevant commercial organisation ("C") is guilty of an offence under this section if a person ("A") associated with C bribes another person intending— (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct. (3) For the purposes of this section, A bribes another person if, and only if, A— (a) is, or would be, guilty of an offence under section 1 or 6 (whether or not A has been prosecuted for such an offence), or (b) would be guilty of such an offence if section 12(2)(c) and (4) were omitted. (4) See section 8 for the meaning of a person associated with C and see section 9 for a duty on the Secretary of State to publish guidance. (5) In this section— "partnership" means— (a) a partnership within the Partnership Act 1890, or (b) a limited partnership registered under the Limited Partnerships Act 1907, or a firm or entity of a similar character formed under the law of a country or territory outside the United Kingdom, "relevant commercial organisation" means— (a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), (b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, (c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or (d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business».*

⁸² Cfr., sul tema, E. La Rosa, *op. cit.*, p. 112 ss.

I soggetti attivi della *section 7* sono esclusivamente gli enti e non anche le persone fisiche. La condotta di corruzione attiva o di corruzione di un pubblico ufficiale straniero deve essere posta in essere, per l'appunto, da un soggetto che deve agire nel nome dell'impresa, indipendentemente dal fatto che l'impresa sia a conoscenza di ciò oppure abbia partecipato alla commissione del reato commesso dalla persona fisica⁸³.

Ad ogni modo, l'impresa avrà la possibilità di opporre la c.d. *defence of adequate procedures*, espressamente prevista dalla *section 7*. I principi contenuti sono i seguenti: *proportionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training), monitoring and review*.

La possibilità di considerare le imprese giuridiche responsabili per corruzione ha risentito, nell'ordinamento giuridico inglese, di problematiche analoghe a quelle di molti altri ordinamenti, ivi compreso quello italiano.

In particolare, prima che entrasse in vigore il *Bribery Act*, l'unica fonte normativa di riferimento era la *common law*, se si eccettuano le singole e specifiche ipotesi di responsabilità oggettiva previste da alcuni *statutes*.

⁸³ Cfr. B.L. Boschetti, *Pathways of anti-corruption law in the global arena (Percorsi di legge anti-corruzione nell'arena globale)*, in *JusOnline*, 1, 2018, p. 1 ss.

La *common law*, dunque, era l'unica fonte a dettare una disciplina in materia mediante il c.d. *identification principle*⁸⁴, secondo cui, affinché il fatto criminoso potesse essere attribuito all'ente, la condotta doveva essere realizzata da un soggetto denominato *directing mind*, capace di inserire quell'elemento soggettivo richiesto dalla disposizione incriminatrice come indispensabile per la configurazione della fattispecie.

I c.d. *directing mind* sono i soggetti che si trovano in una posizione apicale, capaci, dunque, per la loro posizione peculiare, di esprimere la volontà dell'impresa in quanto imprenditore, considerati, proprio in virtù di questa particolarità, una sorta di "reincarnazione" dell'ente giuridico⁸⁵.

Ne deriva che tutte le condotte poste in essere dal soggetto che si trova in una posizione apicale dell'ente sono considerate automaticamente realizzate dall'ente stesso, ed in quanto tali ad esso imputabili in ragione del principio dell'immedesimazione organica.

La responsabilità dell'impresa, dunque, era considerata tale in virtù del principio della *identification doctrine*, per effetto della quale l'ente era considerato responsabile direttamente, e non in termini di *vicarious liability*.

Questa impostazione, come è noto, è stata criticata in quanto ritenuta inaccettabile per l'impresa, che potrebbe essere considerata responsa-

⁸⁴ Cfr. E. O'Shea, *op. cit.*, p. 31. Sul tema si veda anche: A.P. Simister, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simister and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 274 ss.; J. Smith, H. Hogan, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 259 ss.

⁸⁵ J. Smith, H. Hogan, *op. cit.*, p. 260.

bile pur non essendo in alcun modo a conoscenza dell'atto realizzato da un suo dipendente, anche se si tratta di un dirigente in posizione apicale.

A seguito dell'introduzione del *Bribery Act*, tuttavia, la responsabilità diretta dell'impresa va interpretata ed inserita in un contesto assai più ampio, caratterizzato da una nuova cornice normativa che, nel complesso, è paradossalmente più rassicurante e più responsabilizzante per l'impresa.

Nell'ambito del *Bribery Act*, infatti, l'impresa è considerata responsabile non in maniera oggettiva, per il semplice fatto che il suo dipendente persona fisica ha posto in essere un'attività corruttiva, bensì in via diretta per non aver adottato tutte le misure necessarie per prevenire atti corruttivi da parte dei propri dipendenti o comunque da parte di agenti che esercitano attività per conto dell'impresa.

L'obiettivo, in tutta evidenza, non è tanto di tipo repressivo-punitivo, quanto, piuttosto, di dissuasivo-deterrente-responsabilizzante, in quanto si vuole fare in modo che ogni azienda eserciti un'attività di vigilanza e di controllo sull'operato di tutti coloro che svolgono funzioni per conto dell'impresa, nonché che ogni azienda adotti dei modelli di organizzazione interna chiaramente diretti a prevenire già sul piano organizzativo qualunque germoglio di fenomeni di tipo corruttivo⁸⁶.

⁸⁶ Si è osservato che «la nuova forma di responsabilità si applica, dunque, alle società e alle c.d. *limited liability partnership* e consiste nella condotta di “*negligently failing to prevent bribery*” e, dunque, nella mancata predisposizione di misure adeguate a prevenire atti di corruzione da parte di un agente che svolga un'attività per conto dell'impresa, ponendo così un deterrente per le organizzazioni commerciali che non adottino tali modelli di prevenzione»: M. Lavacchini, op. cit., p. 19.

Al fine di integrare il reato di corruzione attiva previsto dalla *section 7* sono fondamentali due requisiti indispensabili: anzitutto, deve trattarsi di un'impresa che possa essere definita *relevant commercial organisation*.

Orbene, una determinata società può essere definita *relevant commercial organisation* nel momento in cui si tratti di un'azienda pubblica o privata che risieda nel Regno Unito oppure laddove eserciti un'attività commerciale all'interno del Regno Unito, a prescindere dalla residenza. Lo stesso dicasi, poi, anche a proposito della partnership.

Il secondo elemento è la commissione di una delle condotte tipiche della corruzione attiva o della corruzione del pubblico ufficiale straniero da parte di un soggetto che eserciti la sua attività per conto dell'impresa⁸⁷.

Si richiede, poi, che tale atto sia in grado di arrecare un vantaggio alla società per cui viene effettuato. L'impresa, di contro, potrà dimostrare in giudizio di aver attuato tutte le cautele e le misure necessarie per prevenire in radice qualunque fenomeno corruttivo e che, nonostante ciò, un evento del tutto imprevedibile e non preventivabile si è comunque verificato.

⁸⁷ A proposito di tale requisito, viene in soccorso la *section 8*: «*For the purposes of section 7, a person ("A") is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C. (2) The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter. (3) Accordingly A may (for example) be C's employee, agent or subsidiary. (4) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C. (5) But if A is an employee of C, it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C*».

Per quanto riguarda, invece, il giudizio di responsabilità, saranno celebrati due giudizi diversi, uno finalizzato ad accertare la responsabilità dell'ente, un altro diretto ad accertare quella del soggetto agente.

Va osservato, a tal proposito, che la prova che deve essere fornita dall'ente è quella del più probabile che non, tipica dei giudizi civili, e non quella dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che è invece tipica di quelli penali.

In virtù di questo criterio interpretativo, il danno si considera derivante da un fatto se le probabilità che il danno sia la conseguenza di quel medesimo fatto siano maggiori delle probabilità che non lo sia. nel linguaggio comune, un fatto è causa di un risultato quando costituisce o concorre a costituire il presupposto specifico di quel risultato. Interpretando la norma giuridica secondo tale nozione, deve allora ritenersi che sussiste un nesso causale tra fatto e danno allorché il danno è la realizzazione di un rischio specifico creato da quel medesimo fatto⁸⁸.

Rischio specifico⁸⁹ di un evento, quindi, è quello che lo rende probabile o che aggrava apprezzabilmente il pericolo del suo verificarsi. Quale causa del danno, il rischio specifico deve essere necessariamente distinto rispetto alle semplici occasioni di danno, che espongono il soggetto ai rischi generici connaturati alla vita di relazione.

⁸⁸ P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 65, secondo cui la responsabilità atterrebbe a quel rischio che rende illecita la condotta e che la norma è diretta a scongiurare.

⁸⁹ F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 203, il quale reputa risarcibili le conseguenze che costituiscono rischi normalmente connessi con l'inadempimento.

L'adozione di questa formula sancisce la divaricazione tra causalità civile e causalità penale, laddove infatti si ritiene che il nesso causale debba essere accertato oltre ogni ragionevole dubbio. L'adozione di un criterio meno rigoroso in sede civile trova la sua razionale spiegazione nella funzione della responsabilità civile, finalizzata non a sanzionare l'autore del fatto illecito, ma a tutelare in via risarcitoria chi ne viene danneggiato.

Sul piano sostanziale, questa regola amplia il contenuto del *naeminem ledere*, vietando gli atti dolosi o colposi che espongono persone e beni altrui al serio pericolo di conseguenze pregiudizievoli. La violazione di tale precetto comporta l'obbligo di risarcire i danni che costituiscono la probabile realizzazione del pericolo creato.

Molto discussa è, invece, la natura giuridica della responsabilità dell'impresa, che è stata configurata, da parte della dottrina, sia in termini di responsabilità diretta che in termini di responsabilità oggettiva⁹⁰. Prevale comunque l'idea che si tratti a tutti gli effetti di una responsabilità diretta.

Per quanto concerne, poi, il profilo della giurisdizione, si tratta di una giurisdizione assai estesa e indubbiamente derogatoria rispetto a quella di carattere generale. I fatti corruttivi disciplinati dalla *section 7*,

⁹⁰ Cfr. E. O'Shea, *op. cit.*, p. 132.

infatti, diversamente da quanto previsto dalla *section 12*⁹¹, non necessariamente devono essere stati commessi all'interno del Regno Unito, e non è nemmeno necessario un collegamento tra il soggetto ed il Regno Unito, come invece il *Bribery Act* richiede per gli altri reati che prevede. L'unico collegamento richiesto è il fatto che l'impresa eserciti la sua attività nel Regno Unito, o anche parte di essa, oppure che vi risieda.

La *section 7* contiene anche una sorta di norma di chiusura, considerando comunque le imprese passibili di responsabilità per le ipotesi di corruzione attiva e di corruzione del pubblico ufficiale straniero sulla base della *identification doctrine*.

⁹¹ Secondo cui «(1) An offence is committed under section 1, 2 or 6 in England and Wales, Scotland or Northern Ireland if any act or omission which forms part of the offence takes place in that part of the United Kingdom. (2) Subsection (3) applies if — (a) no act or omission which forms part of an offence under section 1, 2 or 6 takes place in the United Kingdom, (b) a person's acts or omissions done or made outside the United Kingdom would form part of such an offence if done or made in the United Kingdom, and (c) that person has a close connection with the United Kingdom. (3) In such a case— (a) the acts or omissions form part of the offence referred to in subsection (2)(a), and (b) proceedings for the offence may be taken at any place in the United Kingdom. (4) For the purposes of subsection (2)(c) a person has a close connection with the United Kingdom if, and only if, the person was one of the following at the time the acts or omissions concerned were done or made— (a) a British citizen, (b) a British overseas territories citizen, (c) a British National (Overseas), (d) a British Overseas citizen, (e) a person who under the British Nationality Act 1981 was a British subject, (f) a British protected person within the meaning of that Act, (g) an individual ordinarily resident in the United Kingdom, (h) a body incorporated under the law of any part of the United Kingdom, (i) a Scottish partnership. (5) An offence is committed under section 7 irrespective of whether the acts or omissions which form part of the offence take place in the United Kingdom or elsewhere. (6) Where no act or omission which forms part of an offence under section 7 takes place in the United Kingdom, proceedings for the offence may be taken at any place in the United Kingdom. (7) Subsection (8) applies if, by virtue of this section, proceedings for an offence are to be taken in Scotland against a person (8) Such proceedings may be taken— (a) in any sheriff court district in which the person is apprehended or in custody, or (b) in such sheriff court district as the Lord Advocate may determine. (9) In subsection (8) "sheriff court district" is to be read in accordance with section 307(1) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995».

Con riguardo ai *manager* ed ai direttori, invece, essi potrebbero essere considerati responsabili, stando quanto previsto dalla *section 14*⁹², a livello individuale, sia per i reati di cui alle *sections 1 e 6*, sia per il fatto di aver collaborato con una determinata impresa nella commissione del reato.

Inoltre, la nuova legge potrà essere applicata anche per tentativo o *conspiracy* dando luogo a responsabilità delle persone giuridiche per fatti di corruzione attiva, passiva o per corruzione di un pubblico ufficiale straniero commessi dal soggetto in posizione apicale.

In tali casi, però, non saranno opponibili le *adequate procedures defence* previste alla *section 7* – se presenti al momento della commissione del fatto – che risulteranno applicabili solo con riferimento al reato di *failure of commercial organisations to prevent bribery*⁹³.

3.2. La responsabilità delle imprese per corruzione attiva di un pubblico ufficiale straniero

⁹² Secondo cui «(1) *This section applies if an offence under section 1, 2 or 6 is committed by a body corporate or a Scottish partnership.* (2) *If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of— (a) a senior officer of the body corporate or Scottish partnership, or (b) a person purporting to act in such a capacity, the senior officer or person (as well as the body corporate or partnership) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.* (3) *But subsection (2) does not apply, in the case of an offence which is committed under section 1, 2 or 6 by virtue of section 12(2) to (4), to a senior officer or person purporting to act in such a capacity unless the senior officer or person has a close connection with the United Kingdom (within the meaning given by section 12(4)).* (4) *In this section— “director”, in relation to a body corporate whose affairs are managed by its members, means a member of the body corporate, “senior officer” means— (a) in relation to a body corporate, a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, and (b) in relation to a Scottish partnership, a partner in the partnership».*

⁹³ M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 21.

La *section* 6⁹⁴ prevede l'ipotesi della corruzione attiva (non anche passiva) del pubblico ufficiale straniero.

Con l'espressione "corruzione internazionale" o corruzione "transnazionale"⁹⁵ ci si riferisce a quelle ipotesi in cui vengono dati, o anche solo promessi, denaro o altre utilità ad un pubblico ufficiale straniero

⁹⁴ Secondo cui «(1) *A person ("P") who bribes a foreign public official ("F") is guilty of an offence if P's intention is to influence F in F's capacity as a foreign public official. (2) P must also intend to obtain or retain— (a) business, or (b) an advantage in the conduct of business. (3) P bribes F if, and only if— (a) directly or through a third party, P offers, promises or gives any financial or other advantage— (i) to F, or (ii) to another person at F's request or with F's assent or acquiescence, and (b) F is neither permitted nor required by the written law applicable to F to be influenced in F's capacity as a foreign public official by the offer, promise or gift. (4) References in this section to influencing F in F's capacity as a foreign public official mean influencing F in the performance of F's functions as such an official, which includes— (a) any omission to exercise those functions, and (b) any use of F's position as such an official, even if not within F's authority. (5) "Foreign public official" means an individual who— (a) holds a legislative, administrative or judicial position of any kind, whether appointed or elected, of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory), (b) exercises a public function— (i) for or on behalf of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory), or (ii) for any public agency or public enterprise of that country or territory (or subdivision), or (c) is an official or agent of a public international organisation. (6) "Public international organisation" means an organisation whose members are any of the following— (a) countries or territories, (b) governments of countries or territories, (c) other public international organisations, (d) a mixture of any of the above. (7) For the purposes of subsection (3)(b), the written law applicable to F is— (a) where the performance of the functions of F which P intends to influence would be subject to the law of any part of the United Kingdom, the law of that part of the United Kingdom, (b) where paragraph (a) does not apply and F is an official or agent of a public international organisation, the applicable written rules of that organisation, (c) where paragraphs (a) and (b) do not apply, the law of the country or territory in relation to which F is a foreign public official so far as that law is contained in— (i) any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or (ii) any judicial decision which is so applicable and is evidenced in published written sources. (8) For the purposes of this section, a trade or profession is a business».*

⁹⁵ Cfr. S. Manacorda *op. cit.*, p. 6 ss. «La corruzione internazionale è un concetto di genere all'interno del quale sono prospettabili tre differenti ipotesi. La prima si realizza quando la condotta corruttiva si svolge in tutto o in parte in territorio estero: questa figura è denominata corruzione internazionale. Le ulteriori due ipotesi si caratterizzano per l'intervento nella commissione del fatto di un pubblico agente non italiano: si tratta della corruzione del pubblico agente straniero e della corruzione del pubblico agente internazionale».

per ottenere un atto a vantaggio di un ente che ha la sede, o comunque esercita la sua attività, in uno Stato diverso da quello cui appartiene il pubblico ufficiale⁹⁶.

Si tratta di un fenomeno che ha assunto progressivamente una rilevanza sempre maggiore in relazione al progressivo allargamento del mercato in cui gli operatori economici investono: la c.d. internazionalizzazione⁹⁷ del mercato, infatti, ha finito con il moltiplicare le possibilità di contattare pubblici ufficiali di Stati diversi da quello in cui l'ente giuridico è stato istituito o comunque esercita prevalentemente la sua attività⁹⁸.

La corruzione internazionale trova terreno fertile soprattutto nelle relazioni economiche internazionali. In tale prospettiva la lotta alla corruzione, in quanto fenomeno idoneo ad alterare la libera concorrenza e competitività tra le imprese, finisce con il ledere la libertà di iniziativa economica dei soggetti pubblici e privati non solo dal punto di vista interno, ma anche nella sua dimensione esterna⁹⁹.

⁹⁶ Sul tema si v. E. Zaniboni, *Ordine internazionale e lotta alla corruzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1290 ss.; G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1 ss.

⁹⁷ Y. Meny (a cura di), *La corruption dans la vie publique*, Demourge, Paris, 1997, p. 22; si veda anche G.M. Flick, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*. Conferenza tenuta presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 17 gennaio 2001; G. Forti, *Prospettive attuali del diritto penale comunitario*, in D. Corapi (a cura di), *Saggi di diritto commerciale europeo*, ESI, Napoli, 1995, p. 32. L'A. afferma che «la corruzione [...], per il fatto stesso di protrarsi oltre frontiere nazionali, finisce per acquisire un impatto straordinariamente aggressivo».

⁹⁸ T.E. Epidendio, *op. cit.*

⁹⁹ Sul tema si v. ampiamente E. Zaniboni, *op. cit.*, p. 10 ss.

Proprio la dimensione esterna ha progressivamente assunto una maggiore rilevanza a livello internazionale, soprattutto a tutela di quella che viene denominata «costituzione economica dell'ordinamento internazionale»¹⁰⁰.

La libertà di iniziativa economica e la libertà di commercio sono strettamente collegate l'una all'altra. Quanto alla libertà di iniziativa economica, essa «non è soltanto libertà di promuovere o di non promuovere un'attività industriale o commerciale o finanziaria, ma anche libertà di accesso, libertà di entrare in un certo campo di affari e di competere con altri. Di qui la connessione, insieme storica e logica, tra libertà di iniziativa economica e disciplina della concorrenza (la quale comprende in sé il regime dei beni immateriali)»¹⁰¹.

A livello internazionale, la Corte permanente di Giustizia internazionale ha definito il principio della libertà di commercio come un vero e proprio principio fondamentale dell'ordinamento giuridico internazionale, da intendersi come «*the right – in principle unrestricted – to engage in any commercial activity, whether it be concerned with trading properly so called, that is purchase and sale of goods, or is carried on inside the country or, by the Exchange of imports and exports, with other countries*»¹⁰².

Da tale definizione si ricava che, alla stregua degli altri principi di diritto internazionale dell'economia, il principio della libertà di commer-

¹⁰⁰ P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 61.

¹⁰¹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Cacucci, Bari, 2009, p. 99 s.

¹⁰² Corte permanente di Giustizia internazionale, *Oscar Chinn*, 12 dicembre 1934, par. 82. La sentenza è disponibile sul sito: www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn, consultato in data 20 febbraio 2019

cio è di carattere negativo, nel senso che si traduce sostanzialmente in una sorta di divieto che grava sugli Stati membri, i quali non possono interferire con la libertà di azione tradizionalmente garantita a tutti gli altri Stati ed ai loro cittadini.

In secondo luogo, il principio della libertà di commercio è stato configurato dalla Corte di Giustizia come un vero e proprio diritto soggettivo, teoricamente non soggetto a limitazioni, a commerciare nel mercato internazionale senza limitazioni.

Il principio della libertà di commercio caratterizza l'ordinamento internazionale sin dalla sua genesi, in quanto strumentale alla realizzazione di un mercato concorrenziale: «*Freedom of trade does not mean the abolition of commercial competition; it presupposes the existence of such competition*»¹⁰³.

Oltre che a livello internazionale, anche in ambito europeo la tutela della concorrenza ha da sempre costituito uno degli obiettivi fondamentali del diritto comunitario. Il processo di integrazione comunitaria è stato mosso anzitutto dalla convinzione che un mercato interno comune potesse svilupparsi solamente se fosse stato consentito a tutti i cittadini comunitari di muoversi liberamente all'interno della Comuni-

¹⁰³ Corte permanente di Giustizia internazionale, *Oscar Chinn*, cit., opinione separata del giudice Anzilotti, par. 181-82: «*In my view, it is beyond doubt that, in the Convention of Saint-Germain - as in all the other conventions relating to this subject, to which the present Convention is merely a sequel-navigation is regarded, and is protected, as a branch of economic activity, as a business. The purpose of Article 5 is to open the commercial exploitation of the waterways of the Congo Basin to everybody, so that everyone may reap the financial profits to be derived from it. ... The purpose of this Article would be entirely stultified if the State were entitled to make it impossible for the shipping business to earn any profits...*». Invero, l'affermazione del principio si trovava già al terzo punto dei famosi "Quattordici punti dell'ambizioso programma di riforme dell'ordine internazionale proposto da Woodrow Wilson nel 1918.

tà, con la possibilità di stabilirsi e lavorare senza condizionamenti di sorta.

Orbene, alla luce di queste considerazioni, appare chiaro come debellare il fenomeno della corruzione costituisca un obiettivo di primo piano per il diritto internazionale e comunitario. Ciò in quanto, come è stato rilevato dai più insigni economisti¹⁰⁴, le transazioni commerciali necessitano anche di essere "calcolabili", nel senso che gli operatori che esercitano la loro attività sul mercato devono essere in grado di conoscere in anticipo i costi delle transazioni.

Ciò, ovviamente, è possibile solo in un mercato che non sia inquinato dai sovrapprezzi derivanti dalla corruzione, che rappresenta un vero e proprio cancro per il sistema economico. Del resto, la caratteristica del nuovo mercato globale e neoliberale è quella di minimizzare i rischi per gli investitori¹⁰⁵.

I processi di globalizzazione, infatti, hanno prodotto delle trasformazioni significative nelle strutture produttive e nei mercati, con l'effetto di modificare gli equilibri competitivi di molti Paesi. Ciò ha prodotto anche una frammentazione internazionale dei processi produttivi: gli scambi internazionali di materie prime, così come i beni finali, rappresentano oggi solo una delle componenti dell'integrazione internazionale, tanto da assumere un ruolo marginale.

L'emergere di nuovi mercati e, quindi, di nuovi concorrenti, hanno modificato in maniera significativa gli equilibri, rendendo lo scenario

¹⁰⁴ M. Weber, *Economia e società*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1981, p. 7 ss.

¹⁰⁵ Cfr. S. Sasseen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, p. 257.

economico internazionale sempre più competitivo e bisognoso, pertanto, di un quadro normativo certo, organico e coerente, soprattutto in considerazione della diffusione e della crescita delle affiliate estere tra i fattori più rilevanti dell'internazionalizzazione delle imprese¹⁰⁶.

Gli ostacoli che le imprese incontrano, nel momento in cui vogliono esercitare la loro attività su mercati esteri, sono sempre più numerosi: ostacoli di tipo informativo, anzitutto, superiori sicuramente a quelli che si incontrano in ambito domestico, per ovvie ragioni, nonché, per l'appunto, la corruzione. La difficoltà di reperire informazioni, in particolare, è dovuta sia diversità culturali e regolamentari, sia all'esistenza di ostacoli burocratici e legali¹⁰⁷.

Alla luce di queste considerazioni, le norme internazionali e nazionali che criminalizzano gli atti di corruzione avrebbero come bene giuridico tutelato la fiducia collettiva nella imparzialità e nella correttezza dei pubblici funzionari, in considerazione del fatto che la corruzione è «in sé produttiva, nei confronti della collettività, di un grave turbamento e di una perdita di fiducia nell'effettività delle scelte compiute

¹⁰⁶ S. Sasseen, *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁷ Cfr. sul tema P. Pistone, *Diritto tributario internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 148 ss. Si v. anche A. Calvelli, C. Cannavale, *Competenze culturali e internazionalizzazione delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1 ss.

dagli apparati amministrativi, a sua volta generatrice di gravi disfunzioni»¹⁰⁸.

Tuttavia, nel momento in cui la corruzione diventa internazionale bene giuridico tutelato sarebbe anche quello della libertà di iniziativa economica privata e del commercio internazionale, considerato che si tratta di un fenomeno idoneo a ledere in maniera significativa tali principi.

In un contesto siffatto si colloca la *section 6* del *Bribery Act* che, in ottemperanza alla summenzionata Convenzione OCSE, ha introdotto un' autonoma fattispecie di corruzione attiva avente ad oggetto il pubblico ufficiale straniero da parte di soggetti sottomessi alla giurisdizione statale.

Il reato si configura nel momento in cui un soggetto, direttamente oppure mediante un intermediario, a prescindere che si tratti di una per-

¹⁰⁸ S. Seminara, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Rivista di diritto penale e procedura penale*, 1993, p. 977 ss. L'A. ritiene che gli stessi pregiudizi sarebbero individuabili in quasi tutte le fattispecie delittuose. Tale critica, si ribatte, finisce per svilire «la sostanziale differenza che intercorre tra i beni individuali e i beni istituzionali, sminuendo l'importanza delle offese specificamente recate dai fenomeni corruttivi proprio ai presupposti di funzionamento dei medesimi beni». Va segnalato che già il Vassalli, in un noto scritto del 1979, aveva inquadrato la corruzione propria come lesiva dei doveri di imparzialità «perché esso include sicuramente il dovere di operare in una posizione di sostanziale estraneità rispetto ad interessi privati, di non subire influenze diverse da quelle nascenti dal legame agli interessi generali della collettività, impersonata dallo Stato. Si tratta infatti di un dovere pubblico funzionale con riflesso anche esterno, mentre il dovere di buon funzionamento ha un rilievo prevalentemente interno». G. Vassalli, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giustizia penale*, 1979, col. 327.

sona fisica o giuridica¹⁰⁹, offre, promette o attribuisce un vantaggio¹¹⁰ al pubblico ufficiale straniero, oppure ad un altro soggetto da questi indicato¹¹¹, con lo scopo di fare pressione ed influenzare la sua attività, al fine di ottenere o conservare un affare, oppure un vantaggio nella sua conduzione

Quanto alla nozione di pubblico ufficiale straniero, è possibile fare riferimento alla *section 5*¹¹², da cui si evince una definizione istituzionale ed una funzionale. Le due definizioni sono in alternativa, nel senso che è sufficiente una delle due dimensioni per essere considerato un pubblico ufficiale straniero.

In particolare, in chiave istituzionale, è da considerare pubblico ufficiale straniero colui il quale esercita un potere amministrativo, legislativo e giudiziario di qualunque tipo, che venga nominato oppure eletto

¹⁰⁹ Cfr. M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 22. Naturalmente in questi casi si applicano nuovamente le regole generali in materia, pertanto la persona giuridica sarà responsabile qualora vi sia una persona fisica, la c.d. *directing mind*, in possesso dell'elemento soggettivo richiesto, cfr. F. O'Shea, *op. cit.*, p. 118. Si veda anche la *section 14* del Bribery Act che si applica alle sezioni 1, 2 e 6, ma non anche alla *sect. 7* che seguirà gli specifici criteri di imputazione ivi richiesti.

¹¹⁰ Secondo M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 23, per vantaggio si deve intendere una vasta gamma di ipotesi tra cui un vantaggio pecuniario o finanziario, beni o servizi, regali, e la c.d. *hospitality*. Naturalmente il vantaggio deve essere tale da poter influenzare realmente la condotta del pubblico ufficiale straniero.

¹¹¹ Cfr. M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 23, secondo cui tale soggetto viene indicato a richiesta del pubblico ufficiale straniero o più semplicemente con il suo assenso o la sua acquiescenza.

¹¹² Secondo cui «*For the purposes of sections 3 and 4, the test of what is expected is a test of what a reasonable person in the United Kingdom would expect in relation to the performance of the type of function or activity concerned. (2) In deciding what such a person would expect in relation to the performance of a function or activity where the performance is not subject to the law of any part of the United Kingdom, any local custom or practice is to be disregarded unless it is permitted or required by the written law applicable to the country or territory concerned. (3) In subsection (2) "written law" means law contained in— (a) any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or (b) any judicial decision which*».

da uno Stato straniero oppure da un territorio che è situato al di fuori del Regno Unito.

Quanto alla nozione di potere amministrativo, legislativo e giudiziario, è necessario fare riferimento, per la concreta individuazione, alle norme interne dello Stato di riferimento. Si è osservato, in senso critico, che «la legge non include né i candidati a una qualsiasi posizione di pubblico ufficio né i funzionari di partiti politici che non esercitino le tre funzioni citate. Tale lacuna, in verità presente nella stessa Convenzione OCSE, sembra dimenticare la grande influenza che tali soggetti possono esercitare. Diversamente conclude il *US Foreign Corrupt Practices Act* che include tali soggetti nella lettera della legge. Si rilevi, inoltre, che ai fini della presente normativa i pubblici ufficiali dei *British Overseas Territories*, delle *Crown Dependencies* e gli altri territori che non siano Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord, sono considerati “stranieri”»¹¹³.

In chiave funzionale, invece, è considerato pubblico ufficiale straniero chiunque eserciti una funzione per uno Stato straniero oppure per una organizzazione internazionale. Si intende per organizzazione internazionale un'organizzazione i cui membri siano Stati, territori, governi di Stati o territori o altre organizzazioni internazionali pubbliche o un incrocio tra queste.

La dimensione funzionale è diretta ad estendere l'ambito di applicazione della normativa, superando la rigidità del criterio istituzionale, che potrebbe essere nella prassi facilmente aggirabile in concreto.

¹¹³ M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 21.

Tale criterio, infatti, consente di ricomprendere nell'ambito applicativo della norma tutti quei soggetti che non esercitano una funzione amministrativa, legislativa e giudiziaria, ma che comunque sono titolari di funzioni di pubblico interesse per conto di uno Stato straniero oppure di una organizzazione a carattere sovranazionale.

Si fa riferimento, ad esempio, si faccia l'esempio di quelle funzioni pubbliche esercitate da una *public agency* o da una *public enterprise*, che sono state delegate dall'esecutivo di un Paese straniero. Quanto alla *public agency*, la Convenzione OCSE specifica che deve trattarsi di «*an entity constituted under public law to carry out specific tasks in the public interest*», ossia di una qualsiasi organizzazione creata o controllata da un Paese straniero, anche se questa non fa parte formalmente dell'organismo statale. Per quanto concerne, invece, la *public enterprise*, si fa riferimento a quell'azienda che assume una forma privata, ma che, in concreto, è controllata dallo Stato esercitando, dunque, un'influenza che può essere definita come dominante.

Quanto, infine, all'elemento soggettivo, è richiesta l'*intention*, ossia il dolo, la coscienza e volontà di influenzare la capacità del pubblico ufficiale straniero al fine di ottenere un vantaggio non dovuto, a prescindere che poi il pubblico ufficiale straniero vi abbia dato seguito o meno.

Si è osservato che «la differenza tra l'*intention* richiesta dalla presente sezione e quella prevista alla *sect. 1* è costituita dal fatto che nel presente caso il corruttore non deve necessariamente volere che il pubbli-

co ufficiale straniero agisca *improperly* o che il vantaggio fornito sia *undue* secondo la definizione della legge»¹¹⁴.

3.3. La giurisdizione in materia di responsabilità delle imprese

Uno dei profili più significativi del *Bribery Act* risiede nella sua extra-territorialità. Come già sottolineato in precedenza, infatti, la normativa trova applicazione anche alle organizzazioni britanniche che operano al di fuori del Regno Unito, purché costituite nel Regno, ed alle organizzazioni non britanniche che svolgono almeno una parte dell'attività nel Regno Unito.

Ne deriva, in altri termini, che chiunque eserciti un'attività imprenditoriale all'interno del Regno Unito deve adeguarsi alla normativa.

Si è osservato che «con ciò diviene ipotizzabile l'applicazione delle previsioni contenute nel *Bribery Act* anche per le aziende italiane, con conseguente sottoposizione ad indagini da parte degli organi di polizia giudiziaria per conto delle agenzie investigative britanniche, sia nel caso in cui esse siano presenti nel Regno Unito, ad esempio, attraverso una propria società controllata, sia anche nell'ipotesi in cui esse ivi svolgano unicamente la propria attività, attraverso agenti, distributori e associazioni temporanee di imprese. Lo stesso accade naturalmente

¹¹⁴ M. Lavacchini, *op. cit.*, p. 22.

anche con riguardo alle società aventi sede in Italia e facenti parte di gruppi costituiti nel Regno Unito»¹¹⁵.

In altri termini, ne deriva che «un procedimento di indagine, avviato ad opera delle agenzie investigative britanniche, potrà sfociare in un'informazione di garanzia *ex art. 57 D.Lgs. 231/2001*, in virtù del quale la società si troverà a dover fornire la prova di aver predisposto misure adeguate rispetto a due distinti sistemi di compliance, ovvero il “Decreto 231” ed il “*Bribery Act*”, con conseguente integrazione del Modello Organizzativo eventualmente adottato ai sensi del D.Lgs. 231/2001»¹¹⁶.

Con particolare riguardo a tale profilo, è da segnalare che «l'art. 4 del D.Lgs. 231/01 (Reati commessi all'estero) che dispone che “nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto»¹¹⁷.

L'ente, pertanto, potrà essere considerato responsabile secondo la legge italiana per un reato posto in essere all'estero ma comunque rientrante nell'orbita del d.lgs. n. 231/01, a patto che sussistano le seguenti condizioni: anzitutto, il reato è stato realizzato all'estero da parte di un soggetto collegato, sotto il profilo funzionale, all'ente, *ex art. 5 del*

¹¹⁵ C. Strazzeri, *La Responsabilità Amministrativa/Penale delle imprese, tra Italia e UK*, in *linkedin.com*, 22 aprile 2016.

¹¹⁶ C. Strazzeri, *La Responsabilità Amministrativa/Penale delle imprese, tra Italia e UK*, cit.

¹¹⁷ C. Strazzeri, *La Responsabilità Amministrativa/Penale delle imprese, tra Italia e UK*, cit.

d.lgs. n. 231/01; in secondo luogo, deve essere stato commesso uno dei reati presupposti, di cui si dirà nell'ultimo capitolo dell'indagine, previsti dagli artt. 24 ss. del d.lgs. n. 231/01; in terzo luogo, l'ente deve avere la propria sede principale nel territorio dello Stato estero in cui il reato è stato commesso; devono essere presenti le condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9, 10 c.p. (e, in particolare, da un lato, è possibile procedere soltanto nei casi e per quei reati commessi all'estero specificamente indicati dagli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p. e, dall'altro, nei casi in cui la legge prevede che il colpevole - persona fisica - sia punibile a richiesta del Ministro della Giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti dell'ente stesso dal medesimo Ministro della Giustizia).

Teoricamente, dunque, laddove un'azienda italiana commetta un reato corruttivo nel Regno Unito, potrebbe essere condannata sia dalla legge italiana che da quella inglese. In tal caso, però, potrebbero darsi diverse ipotesi: anzitutto, potrebbe verificarsi che l'ordinamento italiano, in ossequio al principio della giurisdizione italiana recessiva¹¹⁸, rinunci a procedere contro l'azienda, dopo essersi accertato che, per lo stesso fatto, quest'ultima sarà già sanzionata dall'ordinamento giuridico inglese; nel caso in cui l'azienda italiana abbia adottato il modello di gestione ex d.lgs. n. 231/01, potrebbe avvalersene per essere considerata innocente anche di fronte alla legge inglese, dimostrando di aver adottato quelle procedure richieste dal *Bribery Act* per andare esenti da pena.

¹¹⁸ Sul tema cfr. G. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 65 ss.

Tuttavia, con particolare riguardo a tale ultimo aspetto, si tratterebbe di una conseguenza tutt'altro che automatica, stante l'evidente diversità tra i due modelli. Sarebbe infatti opportuno integrare il modello di gestione italiano al fine di renderlo compatibile senza dubbi con il *Bribery Act*.

In particolare, come è stato osservato, «a) si dovrebbe porre particolare enfasi per l'effettuazione, nell'ambito dell'inventariazione delle attività aziendali, degli esercizi di due diligence tutte le volte in cui, in sede di valutazione del rischio, siano stati rilevati “indicatori di sospetto” (ad esempio conduzione di trattative in territori con alto tasso di corruzione, procedure particolarmente complesse, presenza di nuovo personale sconosciuto all'ente) afferenti a particolari operazioni commerciali; b) si dovrebbe porre particolare cura alla comunicazione a tutti i livelli organizzativi dei principi pratici di attuazione del Modello ed alla formazione a tutto il personale, adattando contenuti della comunicazione e della formazione a seconda delle mansioni ricoperte»¹¹⁹.

Le aziende italiane potrebbero anche beneficiare del c.d. *self reporting*. Nel sistema giuridico inglese, infatti, le società che si autodenunciano nei casi di corruzione possono beneficiare di alcune conseguen-

¹¹⁹ C. Strazzeri, *La Responsabilità Amministrativa/Penale delle imprese, tra Italia e UK*, cit.: «in particolare, a supporto del Principio n. 6 - Monitoring and review, considerando che il *Bribery Act* non prevede l'istituzione di alcun organo di controllo interno all'impresa, al pari dell'Organismo di Vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/2001, ai fini dell'esimente prevista nel *Bribery Act* e della prova delle “adequate procedures”, potrà essere conveniente mettere in luce l'attività di supervisione dell'Organismo di Vigilanza rispetto all'effettività delle procedure, in particolare, per la prevenzione della corruzione, verifica della relativa adeguatezza, analisi del mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità delle procedure e cura del relativo aggiornamento e miglioramento del Modello».

ze positive. In particolare, è possibile ottenere la dispensa dal diritto penale, a patto di pagare alcune sanzioni civilistiche in via transattiva.

3.4. Le *adequate procedures*

La *Guidance* britannica al *Bribery Act* ha individuato diversi principi considerati molto significativi nella prevenzione della corruzione *nelle società, che possono integrare quelle adequate procedures* indispensabili per essere esenti da responsabilità penale al cospetto di un fatto corruttivo posto in essere da un dipendente della società medesima.

Il primo principio che rileva è quello di *Proportionate Procedure*: esso prevede che le procedure devono essere proporzionali rispetto al rischio di corruzione cui ogni società, in ragione delle sue particolari caratteristiche, è esposto.

In particolare, il livello di rischio di ogni società dipende dalla natura dell'attività esercitata, dalle dimensioni dell'azienda e dalla complessità delle attività. Tale principio concerne sia le *policy* che sono molto utili perché contribuiscono alla diffusione di una cultura anticorruzione, sia quelle procedure che dovrebbero includere attività iniziale e costanti di *risk assessment*, nonché i controlli designati per prevenire condotte non etiche.

Il secondo principio è il *top-level commitment*, secondo cui è indispensabile valorizzare e promuovere una vera e propria cultura della

lotta alla corruzione all'interno dell'organizzazione a prescindere dalle sue dimensioni.

I messaggi devono essere chiari, diretti, mai ambigui, efficaci, rivolti a tutto il personale ed ai propri partner commerciali. La cultura anticorruzione viene promossa attraverso il *commitment* delle figure apicali e *senior* della società.

Appare dunque indispensabile una delega espressa con annessa precisa individuazione del soggetto chiamato alla promozione della cultura anticorruzione. Tale compito deve essere riservato a personale apicale.

Il terzo principio è quello di *risk assessment*, il quale impone di delineare, conoscere e monitorare in maniera costante gli indicatori del rischio corruttivo. In particolare, l'azienda dovrebbe essere perfettamente a conoscenza di tutti i rischi che corre, monitorandoli in maniera costante.

Il quarto principio è quello di *due diligence*: tale principio impone di «conoscere i propri *partner* commerciali e concludere accordi reciproci per la lotta alla corruzione, conducendo le relazioni commerciali in maniera trasparente ed etica. In particolare l'approccio alla *due diligence* su quei soggetti che servono la Società, dovrebbe essere proporzionato e basato sul rischio. Le attività di due diligence dovrebbero essere riflesse nelle procedure dell'organizzazione e dovrebbero prevedere diversi livelli di controllo/autorizzativi in base al profilo di rischio del potenziale fornitore del servizio, natura e luogo della transazione ed altri fattori di rischio»¹²⁰.

¹²⁰ C. Strazzeri, *La Responsabilità Amministrativa/Penale delle imprese, tra Italia e UK*, cit.

Il quinto principio è quello di *communication – including training*, il quale impone di andare oltre la mera compliance normativa e documentale, cercando di valorizzare in maniera effettiva e concreta, con iniziative anche diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge, con l'obiettivo di sensibilizzare tutta l'azienda nei confronti della necessità di non rendersi colpevole di atti che possono rivelarsi corruttivi.

Molto importante, poi, appare la necessità di veicolare all'esterno l'immagine della società, cercando di fare in modo che tutti i *partner* commerciali siano a conoscenza dell'impegno effettivo dell'azienda nei confronti del fenomeno corruttivo, dando vita ad un vero e proprio circolo virtuoso.

Il sesto ed ultimo principio, infine, è quello di *Monitoring and review*, il quale impone di monitorare in maniera costante i rischi individuati, attraverso l'attribuzione di questo compito ad unità interne espressamente dedicate a quest'attività. Deve trattarsi, pertanto, di un monitoraggio effettivo, concreto, che deve coprire tutte le attività aziendali.

Capitolo IV

Il sistema di prevenzione della corruzione nell'ordinamento giuridico italiano e i modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/01

Sommario: 4.1. La situazione italiana: Analisi delle novità relative all'ultima normativa in materia di anticorruzione; 4.2. La responsabilità degli enti da reato: il quadro storico. Dal principio *societas delinquere non potest* al nuovo sistema di responsabilità dell'ente per illeciti amministrativi derivanti da reato; 4.3. La *vexata quaestio* sulla natura della responsabilità dell'ente: penale, amministrativa o *tertium genus*?; 4.4. L'ambito di applicazione della disciplina e i criteri di imputazione; 4.5. Gli autori del reato presupposto: soggetti in posizione apicali e soggetti sottoposti all'altrui direzione e controllo; 4.6. Criteri oggettivi: l'interesse o vantaggio dell'ente; 4.7. Criteri soggettivi: la colpa di organizzazione. Esone-ro della responsabilità dell'ente e modelli organizzativi; 4.8. Le sanzioni e le altre misure previste dal d.lgs. 231/2001; 4.9. Integra-

zione della normativa anticorruzione con i modelli organizzativi 231/01 e i presidi di controllo nella normativa anticorruzione

4.1. La situazione italiana: analisi delle novità relative all'ultima normativa in materia di anticorruzione

Nell'ordinamento giuridico italiano la lotta alla corruzione è stata condotta soprattutto dal punto di vista della repressione penale, essendo stata affidata principalmente alla giurisdizione penale e alle forze dell'ordine, che hanno mostrato una capacità di investigazione molto puntuale ed efficace, nei quali, diversamente, si è sempre puntato maggiormente sull'aspetto della prevenzione più che su quello della repressione¹²¹.

La magistratura, in particolare, ha spesso rivestito un ruolo di supplente rispetto all'efficacia dei controlli interni al sistema politico ed amministrativo; al contempo, la repressione penale si è spesso dimostrata, nella prassi, una sorta di "arma spuntata", soprattutto a causa di un regime prescrittivo che tende a rendere la minaccia penale sempre meno credibile.

La legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", per la prima volta è intervenuta sia sul piano della repressione che, soprattutto, su quello della prevenzione; in particolare, nel corpo normativo della legge n. 190/2012 il gruppo di di-

¹²¹ Cfr., sul punto, M. Clarich, G.B. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in M. Pelissero, B.G. Mattarella (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 59 ss.

sposizioni avente ad oggetto la prevenzione degli illeciti attraverso strumenti amministrativi risulta essere di gran lunga preponderante rispetto alle disposizioni in materia di repressione penale, che modificano ed integrano il codice penale introducendo nuove figure di reati¹²².

La legge n. 190/2012, in particolare, rappresenta il fulcro di un complesso normativo espressamente dedicato alla prevenzione ed alla repressione della corruzione; tale legge, inoltre, ha anche fatto in modo che trovasse ingresso, nel nostro ordinamento giuridico, una nuova nozione di corruzione, di stampo amministrativo, che si differenzia da quella penalistica.

Si tratta di una nozione indubbiamente più estesa, in quanto fa riferimento non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a comportamenti che sono fonte di responsabilità di altro genere o addirittura non espongono il "reo" ad alcuna sanzione, ma sono comunque idonee a cagionare situazioni di illegittimità, o più semplicemente sono da considerarsi sgradite all'ordinamento giuridico: si pensi al conflitto di interessi, al nepotismo, al clientelismo, alla partigianeria, alla occupazione di cariche pubbliche, all'assenteismo¹²³.

Il legislatore, infatti, ha compreso che la corruzione deve necessariamente essere intesa in questa accezione più estesa, in quanto costituisce un fenomeno a più facce, che non può essere limitato esclusiva-

¹²² Sul profilo prettamente penalistico della legge n. 190/2012 si rinvia a F. Grosso, *Novità, omissioni e timidezze dalla legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in G.B. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 1 ss.

¹²³ Sul tema si v. G. Casartelli, A. Papi Rossi, *Le misure anticorruzione. La legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 55 ss.

mente alle condotte espressamente vietate dal codice penale, in quanto quest'ultimo non è capace di coglierne gli aspetti più subdoli. I fatti corruttivi, infatti, non sempre integrano fattispecie penalmente rilevanti, derivando non di rado da tendenze comuni e disfunzioni piuttosto frequenti, che necessitano di interventi generali e non unicamente di stampo penalistico¹²⁴.

Va segnalato, inoltre, che la legge n. 190/2012 si è occupata molto di corruzione amministrativa, e poco di quella politica, come è evidente dal fatto che molto si parla di trasparenza amministrativa e poco di trasparenza nel finanziamento della politica, nonché del fatto che vi sono norme che regolano i conflitti di interesse negli incarichi amministrativi, ma tace in relazione ai possibili conflitti di interesse dei parlamentari.

In senso critico, la dottrina ha osservato che *«questo approccio stona un po' con l'esperienza degli ultimi anni, nei quali molte inchieste della magistratura e ulteriori episodi di malcostume hanno ruotato intorno a figure politiche, quali i ministri e loro collaboratori, tesorieri dei partiti, consiglieri regionali. Senza volerne trarre conclusioni esagerate o generalizzazioni improprie, l'espressione è quella di una classe politica che riesce ad affrontare i difetti dell'amministrazione, ma rimane indifferente rispetto ai propri»*¹²⁵.

Infine, la legge in esame si è concentrata esclusivamente sulla corruzione dei pubblici funzionari, tralasciando del tutto quella privata, di-

¹²⁴ In tal senso P. Pittaro, *Le disposizioni penali della legge anticorruzione numero 190 del 2012*, Donzelli, Roma, 2012, p. 88 ss.

¹²⁵ M. Clarich, G.B. Mattarella, *Op. cit.*, p. 62. Si. v., sul punto, anche A. Bove, A. Jazzezzetti, *La legge anticorruzione*, ESI, Napoli, 2014, p. 66 ss.

mentando, tuttavia, che le due sono spesso strettamente connesse tra loro, nel senso che l'una è il presupposto dell'altra.

Su questo tessuto normativo è intervenuta la legge 27 maggio 2015, n. 69, recante "Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio"¹²⁶. Va segnalato che le novità introdotte, rispetto all'impianto normativo preesistente, non sono poi così tante. Ancora una volta, poi, sembra che il legislatore abbia soprattutto voluto offrire un palliativo all'opinione pubblica in seguito ai recenti scandali, piuttosto che apportare significative, e soprattutto richieste, innovazioni rispetto al quadro normativo sul quale si è innestata.

In particolare, si assiste ad un ulteriore inasprimento delle pene: la valorizzazione dello strumento penalistico, invero, non è stata accolta con soddisfazione, in quanto, storicamente, essa non ha fornito risultati molto significativi, almeno rispetto a quelli che sono normalmente dati da una reale ed effettiva attività di prevenzione del fenomeno.

La dottrina, in particolare, ha sostenuto che *«a scorrere la legge con cui il Parlamento ha inteso rafforzare il contrasto alla corruzione non si intravede un radicale ripensamento delle strategie in atto. L'inasprimento delle pene, il conseguente aumento dei termini di prescrizione, la previsione di un accesso al patteggiamento solo a seguito di una "restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato", sono*

¹²⁶ Su tale provvedimento, così recente, non si è ancora formata una bibliografia troppo corposa: per un primo inquadramento si rinvia a A. Conz, L. Levita, *La legge anticorruzione*, Giuffrè, Milano, 2012.

tutte misure che restano nell'alveo di un approccio tradizionale al tema del malaffare»¹²⁷.

La nuova legge anticorruzione ha introdotto una modifica all'art. 323 c.p., introducendo l'art. 323 bis c.p., secondo il quale, per una serie di delitti già previsti dal codice penale¹²⁸, «*per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi*».

La giurisprudenza, a proposito di tale previsione, ha stabilito che «*poiché il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 323 bis c.p. (fatto di particolare tenuità) è subordinato alla verifica delle particolari modalità e circostanze dell'azione, ai mezzi usati ovvero alla valutazione del fatto nella sua globalità, non può assumere rilievo, ai fini della sua configurabilità, la mera considerazione delle sole conseguenze patrimoniali della condotta criminosa*»¹²⁹.

Si tratta di un intervento che, sebbene non debba essere considerato in termini negativi, non si discosta, sostanzialmente, da altri analoghi già previsti in passato, e che evidenzia, ancora una volta, una logica me-

¹²⁷ F. Cisterna, *In G.U. la legge 69/2015, c.d. anticorruzione: una mezza rivoluzione*, in *Il quotidiano giuridico*, 4 giugno 2015. Cfr. anche N. Di Matteo, S. Palazzolo, *Collusi: perché politici, uomini delle istituzioni e manager continuano a trattare con la mafia*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 33 ss.

¹²⁸ Si tratta degli artt. 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis*.

¹²⁹ Cass. pen., 14 gennaio 2017, n. 9727, in *dejure.it*. In applicazione di tale principio la Corte ha annullato la sentenza di merito che — sull'unico rilievo della lieve entità del danno cagionato alle persone offese — aveva riconosciuto la sussistenza dell'attenuante predetta a favore di un appartenente alle forze dell'ordine imputato di concussione nei confronti di due cittadini extracomunitari.

ramente emergenziale e repressiva, piuttosto che di prevenzione; probabilmente, sarebbe stato più opportuno, anche per una questione di coerenza sistematica ed organica, prevedere un unico reato di dazione illecita di denaro, includendo, poi, una clausola di impunità per il privato che denunci entro un breve termine¹³⁰.

Anche questa legge, poi, non affronta il problema, enorme, dei costi della politica, tema nel quale, più che in ogni altro, si annidano, attualmente, moltissimi fenomeni di corruzione; in secondo luogo, rimane sostanzialmente inevaso il problema della dirigenza pubblica, la quale gestisce denaro pubblico, per cui non sono più tollerabili ritardi, inefficienze, incompetenze, situazioni nelle quali si nascondono occulti fenomeni di corruzione.

In materia di appalti pubblici, poi, la legge in esame non sembra aver fatto molti passi avanti rispetto al passato. In particolare, anche la legge n. 69/2015 evidenzia un approccio sostanzialmente arcaico rispetto al ruolo dell'amministrazione negli appalti pubblici ed in particolare nelle procedure di evidenza pubblica: il legislatore, infatti, ha ritenuto appesantire ancora di più il lavoro dell'amministrazione, con l'illusione che adempimenti burocratici e ulteriori passaggi di consegne siano in grado, effettivamente, di diminuire il fenomeno corruttivo¹³¹.

¹³⁰ Cfr., sul punto, N. Santi Di Paola, *Il falso in bilancio e i reati contro la P.A. Legge anticorruzione 27 maggio 2015, n. 69*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 20 ss.

¹³¹ Cfr., in tal senso, P. Santoro, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 278 ss.; già in precedenza, si v., Id., *Fattori illegali di rischio che incentivano la corruzione negli appalti*, in *Bollettino informativo Anac*, 2014.

Il legislatore non si è reso conto che, piuttosto che imbrigliare ancora di più l'amministrazione, rendendo sempre più complesso individuare anche le singole responsabilità a causa del proliferare di centri decisionali, sarebbe stato opportuna una più decisa responsabilizzazione di alcune figure: in particolare, in luogo delle migliaia di stazioni appaltanti e centri di spesa presenti, sarebbe stato saggio collocare a capo di poche di queste stazioni di spesa dei funzionari con competenze di massimo livello.

Da ultimo, infine, va segnalato che il legislatore ha preso definitivamente coscienza della connessione tra le mafie e la corruzione, soprattutto nel settore degli appalti pubblici. Del resto, la corruzione rappresenta il luogo più favorevole per l'ingresso della mafia nel più appetibile, sia dal punto di vista economico che politico, dei settori dello Stato, ossia quello dei pubblici appalti. Le mafie, infatti, negli anni si sono trasformate, diventando vere e proprie agenzie di servizio a disposizione degli apparati amministrativi: sotto questo profilo, la scelta del legislatore di procedere ad un inasprimento delle pene non può che essere giudicata in maniera del tutto positiva.

Un istituto che merita di essere sinteticamente esaminato è quello del *whistleblowing*: nonostante si tratti di un istituto piuttosto noto, solo con la legge n. 190/2012, tuttavia, si è giunti ad una tutela effettiva del

whistleblower, ed in particolare con il comma 51 dell'art. 1 della novella legislativa¹³².

Rileva subito che il *whistleblowing* meritevole di tutela è esclusivamente il dipendente pubblico il quale, nel momento in cui segnala all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del suo rapporto di lavoro non può essere passibile di sanzione, né subire un licenziamento o qualunque altra misura discriminatoria, diretta o indiretta, capace di incidere negativamente sulle condizioni lavorative, ovviamente per motivazioni che siano in qualche modo connesse alla denuncia effettuata.

La dottrina¹³³, invero, ha manifestato perplessità in relazione alla scelta estremamente restrittiva effettuata dal legislatore, il quale ha fatto riferimento esclusivamente ai dipendenti pubblici, mentre la Conven-

¹³²Ai sensi del quale «fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. 3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. 4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni».

¹³³ Cfr., tra gli altri, L. Salazar, *Il contrasto alla corruzione internazionale in Italia: l'adeguamento agli obblighi convenzionali, le relazioni con gli organismi internazionali, le iniziative legislative in corso*, in AA.VV., *La corruzione internazionale: modelli preventivi e strumenti di repressione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 4290.

zione di Strasburgo non pone alcuna distinzione tra pubblici e privati. Del resto, è difficile rinvenire una giustificazione razionale per una scelta siffatta: l'unica reale potrebbe essere stata la volontà del legislatore di apprestare una tutela maggiore al dipendente pubblico in quanto le sue indicazioni, provenendo dall'interno dell'amministrazione, sono considerate di grande rilevanza¹³⁴.

Altra dottrina¹³⁵, tuttavia, ha definito tale argomentazione debole ed inappagante, in considerazione del fatto che il dipendente pubblico che ricopre la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio è già obbligato a denunciare i fatti che costituiscono reato ai sensi degli artt. 361, 362 c.p. e 331 c.p.p., e la denuncia costituisce, comunque, l'adempimento di un dovere, in quanto tale idoneo a rendere lecito il suo comportamento e di esonerarlo da conseguenze su qualsiasi piano, amministrativo, disciplinare e/o risarcitorio. Va segnalato, poi, che la tutela del dipendente pubblico, almeno in relazione ad eventuali atti discriminatori gravi che seguano un comportamento collaborativo, potrebbero già trovare un fondamento diretto nel dovere costituzionale di cui all'art. 97 Cost, che richiede alla pubblica amministrazione di informarsi ai canoni di buon andamento ed imparzialità.

Deve essere considerate apprezzabile, invece, la novità secondo cui il dipendente è tenuto a denunciare non solo fatti integranti reato, ma qualsivoglia condotta illecita. Non è semplice, tuttavia, individuare l'esatta nozione di condotta illecita, in quanto essa potrebbe teorica-

¹³⁴ In tal senso S. Spadaro, A. Pastore, *La legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 76 ss.

¹³⁵ Cfr. R. Cantone, *La tutela del whistleblower. L'art. 54 bis del d.lgs. 165/01 (art. 1 comma 51)*, in M. Pelissero, B.G. Mattarella (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 254.

mente fare riferimento a qualunque violazione delle norme di comportamento: in realtà, non pare che essa possa essere interpretata nel senso di comprendere anche le mere violazioni contrattuali. Quello che rileva, poi, è che le condotte illecite oggetto di segnalazione siano state apprese "in ragione del rapporto di lavoro": la locuzione utilizzata dal legislatore, per quanto sia anch'essa molto generica, è da interpretarsi nel senso che è esclusa la segnalazione di condotte illecite delle quali il lavoratore sia venuto a conoscenza attraverso informazioni di natura privata, acquisite, cioè, non in occasione del rapporto di lavoro ma del tutto al di fuori di esso.

La segnalazione non deve fondarsi su un mero sospetto, in quanto vi è pur sempre la necessità di tutelare i terzi oggetto di indagine, nonché evitare che possano essere poste in essere inutili attività ispettive interne; tuttavia, non è necessario avere certezza dei fatti oggetto della segnalazione, ma è bensì opportuno che vi sia una ragionevole probabilità di temere che una condotta illecita è stata posta in essere. Richiedere la certezza dell'avvenuta illiceità di una condotta, infatti, rischierebbe di svuotare di significato la norma in esame¹³⁶.

Quanto alla tutela del dipendente, la segnalazione, in presenza dei requisiti previsti dalla legge, costituisce una vera e propria esimente; inoltre, il denunciante è garantito, sebbene entro certi limiti, dall'anonimato, in quanto la sua identità non può essere rivelata, senza il suo consenso, nemmeno nel corso di un procedimento disciplinare iniziato nei confronti del segnalato, a meno che il contenuto dell'informazione

¹³⁶ Cfr. G. Fraschini, *Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni. Rapporto sulla ricerca svolta da Transparency international-Italia*, in G. Fraschini, N. Parisi, D. Rinoldi (a cura di), *Il Whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Scaffale del nuovo millennio, Milano, 2011, p. 68 ss.

non costituisca il fondamento, totale o parziale, della contestazione dell'illecito.

Sostanzialmente, quindi, laddove la segnalazione costituisca un mero indizio di una successiva attività di indagine, la quale, poi, da sola, si mostri come sufficiente a sostenere una accusa disciplinare, non sarà necessario rivelare l'identità del segnalante; diversamente, invece, ciò si rivelerà fondamentale anche per consentire una adeguata difesa al segnalato nel processo disciplinare che è stato intentato nei suoi confronti.

In definitiva, la norma prevista dal legislatore, nonostante l'utilizzo di qualche espressione eccessivamente generica, non è da considerare in termini negativi, anche se, come al solito, solo la prassi potrà confermarne la bontà dell'impianto ed evidenziarne eventuali profili di criticità. La macchia dell'applicazione esclusivamente ai pubblici dipendenti, tuttavia, è davvero difficile da non evidenziare, in quanto rischia di attirare sull'Italia anche un giudizio negativo da parte delle organizzazioni internazionali chiamate alla verifica del rispetto delle numerose disposizioni e raccomandazioni destinate all'ordinamento giuridico italiano¹³⁷. Il rischio, in tal senso, è che l'operato del legislatore italiano sia giudicato in termini negativi anche per il fatto di non aver in alcun modo predisposto strumenti di incentivazione dei report dei dipendenti.

Nonostante le perplessità, tuttavia, rimane comunque da apprezzare l'adeguamento del legislatore alla normativa internazionale: l'impianto

¹³⁷ In tal senso si v. L. Salazar, *op. cit.*, p. 4291; R. Razzante, *Whistleblowing e nuova legge anticorruzione*, in *Il Sole 24 ore*, 19 dicembre 2012.

to normativo predisposto, infatti, necessita solo di essere colmato nelle lacune summenzionate, ma costituisce indubbiamente una buona base sulla quale lavorare.

L'istituto è stato poi recentemente modificato con la legge 30 novembre 2017, attraverso cui il legislatore ha modificato l'art. 54 del Testo unico sul pubblico impiego, stabilendo che il dipendente che effettua la segnalazione *«al responsabile della prevenzione della corruzione dell'ente o all'Autorità nazionale anticorruzione o ancora all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile le condotte illecite o di abuso di cui sia venuto a conoscenza in ragione del suo rapporto di lavoro, non può essere - per motivi collegati alla segnalazione - soggetto a sanzioni, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto a altre misure organizzative che abbiano un effetto negativo sulle condizioni di lavoro»*.

La riforma normativa, poi, prevede anche la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento, e che debbano essere considerati nulli tutti gli atti di carattere ritorsivo e discriminatorio. In caso di licenziamento illegittimo, poi, l'ANAC può sanzionare l'ente con una multa da 5 mila a 30 mila euro¹³⁸.

La segretezza dell'identità del denunciante è tutelata dall'art. 329 c.p.p.: a tal fine, il legislatore ha anche sottratto i relativi atti all'accesso agli atti amministrativi.

¹³⁸ Cfr., sulla nuova disciplina, G. D'Urgolo, *La tutela del pubblico dipendente (e non solo) che segnala illeciti (c.d. "whistleblower")*, in *GiustAmm.it*, 3, 2018, p. 1 ss.

Quanto all'ambito applicativo, infine, le nuove disposizioni si applicano anche a tutte quelle imprese private che prestano i loro servizi in favore della pubblica amministrazione.

4.2. La responsabilità degli enti da reato: il quadro storico. Dal principio *societas delinquere non potest* al nuovo sistema di responsabilità dell'ente per illeciti amministrativi derivanti da reato

L'ordinamento giuridico italiano è stato tradizionalmente caratterizzato dal principio di irresponsabilità penale delle persone giuridiche, racchiuso nel noto brocardo "*societas delinquere non potest*". Il principio in esame, in assenza di qualunque disposizione normativa che lo preveda espressamente, è stato ricavato dall'art. 27 Cost., il quale afferma il carattere personale della responsabilità penale¹³⁹.

Invero, lo stesso codice penale sembra avere come esclusivo punto di riferimento un "delinquente" persona fisica, come testimonia, ad esempio, la richiesta dell'elemento soggettivo del reato, da intendersi in termini di dolo o colpa, ed i cui connotati psicologici sembrano necessariamente riferirsi ad una persona fisica, dotata di "coscienza".

In diritto civile, invero, alle persone giuridiche viene normalmente riconosciuta una capacità giuridica quale centro di imputazione diretta

¹³⁹ In tal senso si v. A. Traverso, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, III edizione, Cedam, Padova, 2017, p. 295.

di determinati atti o fatti giuridici¹⁴⁰; ma il diritto penale, così come storicamente evolutosi, si atteggia in termini chiaramente diversi, in quanto è piuttosto arduo immaginare che l'ente possa manifestare una determinazione psichica criminosa, oppure, in caso di reati colposi, assumere un atteggiamento connotato da negligenza, imprudenza o imperizia, trattandosi di comportamenti che, strutturati in questi termini, non possono che riguardare le persone fisiche.

Nel corso degli anni, tuttavia, l'irresponsabilità penale delle persone giuridiche è stata messa in discussione, soprattutto per due ragioni: in primo luogo, il diffondersi dell'attività di impresa e, con essa, le sue patologiche manifestazioni criminose; in secondo luogo, il processo di unificazione o almeno di armonizzazione degli ordinamenti europei, in qualche misura anche di quelli penali, ha imposto un ripensamento della normativa in materia, considerato da un lato che l'appartenenza all'Unione obbliga gli stati a specifici obblighi di tutela nei confronti di interessi di rilevanza comunitaria, tra i quali spiccano quelli di natura economica e finanziaria; e dall'altro che gran parte degli Stati europei presenta una disciplina normativa che prevede la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Senza contare il possibile *escamotage* cui è possibile ricorrere in assenza di una disciplina ad hoc che punisca direttamente le società e gli altri enti superindividuali: la criminalità organizzata, infatti, ma spesso anche la delinquenza "comune", si sono avvalse dello schermo delle persone giuridiche per ottenere l'impunità o, comunque, un carico san-

¹⁴⁰ Cfr., per un inquadramento della problematica dal punto di vista civilistico, F. Loffredo, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2010, p. 170 ss.

zionatorio attenuato. Tutto questo, come si vedrà, ha indotto il legislatore a superare alcune forme preconcrete di limitazione della responsabilità delle persone giuridiche ed al d.lgs. n. 231/2001.

Il principale ostacolo alla possibilità di ammettere una responsabilità penale delle persone giuridiche, come già detto in precedenza, è sempre stato l'art. 27 Cost. il quale, al primo comma, sancisce il carattere "personale" della responsabilità penale, mentre al terzo comma, nel riferirsi alle pene, richiede che esse non siano contrarie al senso di umanità o comunque tali da precludere la rieducazione del condannato: da tale disposizione, pertanto, traspare il principio per cui la responsabilità penale non può riguardare le persone giuridiche.

Nell'attribuire carattere "personale" alla responsabilità penale, del resto, il Costituente, secondo quella che è stata in più occasioni l'interpretazione della Corte Costituzionale¹⁴¹, ha chiaramente voluto sotto-

¹⁴¹ Cfr., tra le tante pronunce, Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *www.giurcost.org*, nella quale si legge, tra l'altro, che «la colpevolezza costituzionalmente richiesta, come avvertito dalla più recente dottrina penalistica, non costituisce elemento tale da poter esser, a discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato. Limpidamente testimonia ciò la stessa recente, particolare accentuazione della funzione di garanzia (limite al potere statale di punire) che le moderne concezioni sulla pena attribuiscono alla colpevolezza. Sia nella concezione che considera quest'ultima "fondamento", titolo giustificativo dell'intervento punitivo dello Stato sia nella concezione che ne accentua particolarmente la sua funzione di limite allo stesso intervento (garanzia del singolo e del funzionamento del sistema) inalterato permane il "valore" della colpevolezza, la sua insostituibilità». In tale prospettiva, «il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto». Ad avviso della Consulta, quindi, i «Costituenti mirarono, sul piano dei requisiti d'imputazione del reato, ad escludere che si considerassero costituzionalmente legittime ipotesi carenti di elementi subiettivi di collegamento con l'evento e, sul piano politico, a non far ricadere su "estranei" "colpe altrui". E mai, in ogni caso, venne usato il termine fatto come comprensivo del solo elemento materiale, dell'azione cosciente e volontaria seguita dal solo nesso oggettivo di causalità: anzi, sempre venne usato lo stesso termine come comprensivo anche d'un minimo di requisiti subiettivi, oltre a quelli relativi alla coscienza e volontà dell'azione».

lineare che la responsabilità penale è tale solo se sussiste l'elemento della colpevolezza, ossia la presenza del dolo o della colpa: l'obiettivo, pertanto, è quello di eliminare forme di responsabilità oggettiva.

Alla luce di questa impostazione, sembrava oggettivamente impossibile che una persona giuridica potesse agire con il dolo o la colpa richiesti dal legislatore penale, ossia con "colpevolezza". Al fine di aggirare il problema, si è proposto di interpretare la colpevolezza non in chiave psicologica, bensì normativa: secondo questa impostazione, le persone giuridiche, essendo capaci di porre in essere illeciti extrapenalistici, sono allo stesso modo in grado di commettere reati mediante l'attività degli organi, ossia mediante il rapporto di immedesimazione organica che viene a crearsi tra l'organo medesimo e la persona giuridica.

Per quanto concerne, invece, il secondo ostacolo, che attiene al terzo comma dell'art. 27 Cost., ossia alla questione della impossibilità di sanzionare le persone giuridiche, si tratta, in realtà, di una problematica che è sempre stata considerata di minore rilevanza. La sanzione penale, infatti, all'interno del nostro ordinamento giuridico, non assume solo le sembianze della pena detentiva (oggettivamente non applicabile, per ovvie ragioni, alle persone giuridiche), ma anche di sanzioni interdittive e soprattutto pecuniarie, che invece ben possono riguardare le persone giuridiche.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, il legislatore, con il d.lgs. n. 231/2001, ha cercato di "aggirare" l'ostacolo rappresentato dal principio della personalità della responsabilità penale, costruendo un sistema sanzionatorio a carico degli enti che dipende, in buona sostanza, dalla commissione di reati al proprio interno.

4.3. La *vexata quaestio* sulla natura della responsabilità dell'ente: penale, amministrativa o *tertium genus*?

La normativa anticorruzione, in Italia, è stata integrata dalla previsione di una responsabilità amministrativa da reato per gli enti, la quale dovrebbe fungere da monito a questi ultimi affinché vigilino sull'operato dei propri dipendenti onde prevenire la commissione dei reati presupposti. L'obiettivo, dunque, è quello di sensibilizzare gli enti, di indurli a vigilare, anche al fine di prevenire episodi corruttivi.

Con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il Governo ha dato attuazione alla delega conferitagli dall'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, degli enti e delle associazioni prive di personalità giuridica che non svolgano funzioni di rilievo costituzionale.

In dottrina è stato sostenuto che *«il modello prescelto è stato quello della responsabilità per l'omessa adozione delle cautele organizzative idonee ad impedire la commissione di reati da parte dei dipendenti o degli amministratori. L'ente risponde per la perpetrazione del reato presupposto ad opera del vertice aziendale o da soggetto sottoposto alla vigilanza dello stesso; non risponde laddove abbia elaborato idonei compliance programs (mutuati dall'esperienza anglosassone)»*¹⁴².

¹⁴² R. Garofoli, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, p. 3.

Il legislatore, in particolare, ha previsto che le persone giuridiche possono essere considerate destinatarie di una sanzione penale in via diretta, con un sistema sanzionatorio ad esse riservato, e non più, come in passato, in via sussidiaria, in caso di inadempienza della persona fisica direttamente colpita dalla sanzione penale.

I principi generali della nuova disciplina possono essere sintetizzati in questi termini:

a) la responsabilità della persona giuridica si perfeziona per connessione con la realizzazione di un reato, il quale deve tassativamente essere compreso tra quelli espressamente previsti dal legislatore, commesso da una persona fisica legata all'ente da un rapporto funzionale, sia esso di rappresentanza o di subordinazione;

b) il nesso tra reato e persona giuridica si atteggia su un piano oggettivo, nel senso che il reato deve essere posto in essere a vantaggio dell'ente oppure comunque nel suo interesse. Interesse e vantaggio sono due criteri che il legislatore richiede in via alternativa e non cumulativa, ragion per cui è sufficiente la presenza di uno solo dei due requisiti. Quanto al criterio dell'interesse, esso viene accertato dal giudice penale mediante una valutazione *ex ante*, indipendentemente dagli esiti effettivamente raggiunti a seguito della condotta delittuosa dell'agente. Il criterio del vantaggio, invece, deve essere valutato *ex post*, nel senso che il giudice è chiamato a verificare che effettivamente l'ente abbia tratto vantaggio dalla condotta delittuosa;

c) assume rilevanza decisiva il tipo di rapporto che lega la persona giuridica ed il soggetto agente. Il legislatore ha individuato il rapporto di rappresentanza e quello di determinazione: per quanto riguarda il

rapporto di rappresentanza, laddove il reato sia stato commesso da un soggetto che si trova in posizione apicale, la persona giuridica sarà chiamata a rispondere del reato nella misura in cui non sarà capace di dimostrare di aver adottato, a scopo preventivo, i modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione dell'illecito, o degli illeciti, posti in essere; laddove, infine, il reato sia commesso da un soggetto legato all'ente da un rapporto di subordinazione, la persona giuridica sarà chiamata a rispondere penalmente in presenza di un deficit di sorveglianza o di organizzazione, da cui derivi un omesso controllo del responsabile del fatto delittuoso, al quale è stata sostanzialmente lasciata "via libera" per la commissione del reato.

Alla luce di tali considerazioni, ci si chiede che natura giuridica abbia la responsabilità dell'ente, se, cioè, trattasi di una responsabilità amministrativa, penale, o di un *tertium genus*, o meglio di una ipotesi di responsabilità speciale. Trattasi, invero, di una questione non meramente accademica, ma dai notevoli risvolti pratici¹⁴³.

L'idea di una responsabilità speciale deriva dalla Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001, nella quale si legge che il modello

¹⁴³ Sul punto si v. G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, p. 5 ss., secondo il quale «non è una questione solo accademica e nominalistica, perché qui sono in gioco i “referenti costituzionali” della disciplina tratteggiata nel d.lgs. n. 231. È chiaro, infatti, che, qualora si ritenga sostanzialmente penale siffatta responsabilità, la legittimità di questa disciplina non potrà che essere valutata alla luce di quelle norme che la costituzione dedica alla materia penale. Entrerebbero in gioco, pertanto, sia gli artt. 25, commi 1 e 2, e 27, commi 1, 2 e 3, cost., sia gli artt. 111 e 112 cost.; ed i principi ivi sanciti diventerebbero giustiziabili da parte della Corte costituzionale al fine di vagliare la legittimità delle singole disposizioni normative che compongono il d.lgs. n. 231. Senza contare che potrebbe anche porsi, prima o poi, la necessità di un'eterointegrazione delle lacune della disciplina che dovessero emergere via via nella prassi applicativa. Ma quale dovrà essere il quadro normativo di riferimento? Il codice penale, i “Principi” codificati nella “689” dell’81, oppure lo statuto civilistico della responsabilità extracontrattuale?»; in tal senso si v. anche G. Marelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 151 ss.

prescelto dal legislatore, dal punto di vista della responsabilità degli enti, «coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di temperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»¹⁴⁴.

La responsabilità dell'ente giuridico, intesa in questi termini, sarebbe espressione del nuovo diritto penale di impresa, un modello ibrido che si muove continuamente nel limbo tra il diritto penale ed il diritto amministrativo.

La dottrina che propende per la natura amministrativa della responsabilità dell'ente fonda le proprie argomentazioni anzitutto sul carattere formale della qualificazione normativa, la quale letteralmente parla di responsabilità amministrativa degli enti¹⁴⁵. Tuttavia, si tratta di un argomento piuttosto "debole", in quanto il *nomen iuris*, per quanto apparentemente inequivocabile, non è mai sufficiente se non è suffragato da un dato "sostanziale"; basti pensare a quello che si verifica in materia di misure di sicurezza, che il codice penale considera letteralmente come sanzioni amministrative ma che oggi nessuno più dubita essere sanzioni penali a tutti gli effetti.

Vi sono, poi, anche altri elementi richiamati a favore della natura amministrativa della responsabilità degli enti: anzitutto, il regime della prescrizione, che è diverso da quello previsto dal diritto penale, e assai più vicino al regime previsto dalla legge sugli illeciti amministrativi,

¹⁴⁴ Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p. 12, § 1.1.

¹⁴⁵ Sostengono la natura amministrativa della responsabilità delle persone giuridiche, tra gli altri, G. Marinucci, "*Societas puniri potest*": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 1201 ss.; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 398 ss.

n. 689/1981; inoltre, viene richiamato il profilo delle vicende modificative dell'ente, chiaramente improntato ad una logica civilista e di dubbia compatibilità invece con quella penalistica (si pensi, ad esempio, all'ipotesi della fusione, che prevede una responsabilità per fatto altrui sconosciuta al diritto penale); ancora, si è sostenuto che è assente un meccanismo di sospensione condizionale della risposta sanzionatoria, anche se tale argomento è stato criticato da altra dottrina, secondo la quale un meccanismo siffatto sarebbe stato «*difficilmente compatibile con la complessiva strategia preventiva (e premiale) perseguita dal legislatore, fondata sulla valorizzazione delle condotte riparatorie e riorganizzative, a cui è collegata quella "flessibilità regressiva" che caratterizza le sanzioni interdittive*»¹⁴⁶.

Per quanto concerne, invece, coloro i quali¹⁴⁷ ritengono che la responsabilità descritta dal d.lgs. n. 231/2001 sia di tipo penale, le argomentazioni sono anche in questo caso piuttosto varie. In primo luogo, si mette in luce che il legislatore ha richiesto, per il perfezionarsi della responsabilità dell'ente, la commissione di un reato, o quantomeno di un fatto tipico ed antigiuridico, nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo. Ne deriva che, essendo l'illecito di natura penale, tale deve essere considerata anche la responsabilità dell'ente, in quanto «*a decidere della qualificazione giuridica di un comportamento illecito è la*

¹⁴⁶ G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, cit., p. 14.

¹⁴⁷ Si v., in particolare, L. Conti, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio *societas delinquere non potest*?*, in Id. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001, p. 866; C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 578 ss.; G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, cit., p. 151 ss.

natura dell'interesse violato, non la natura del soggetto che ha commesso la violazione»¹⁴⁸.

In secondo luogo, si evidenzia che il soggetto legittimato a condurre le indagini preliminari e ad esercitare l'azione penale nei confronti della persona giuridica è il pubblico ministero, mentre, diversamente, la cognizione di un illecito di tipo amministrativo appartiene al medesimo giudice del reato presupposto.

In terzo luogo, assume rilevanza la cornice sanzionatoria predisposta dal legislatore, che si mostra estremamente afflittiva e repressiva nei confronti dell'ente. Tale argomento, invero, è stato per certi versi sminuito da chi ha ricordato che *«un analogo coefficiente di afflittività è dato riscontrare in non poche sanzioni amministrative, sulla loro valenza stigmatizzante e sulla loro caratterizzazione in chiave personalistica, essendo i medesimi in grado di incidere su beni essenziali dell'ente, quali il patrimonio e, soprattutto, la sua libertà di azione, che verrebbe ad essere compressa in modo significativo dall'applicazione delle temibili sanzioni interdittive. Ed anche l'inedito sistema di commisurazione per quote, mutuato dal diritto penale, andrebbe considerato come un indice parimenti sintomatico in tal senso»¹⁴⁹.*

Vi sono, poi, anche altri argomenti che avallerebbero la ricostruzione della responsabilità dell'ente in chiave penalistica: anzitutto, il fatto che sia prevista una sanzione anche per l'ipotesi del delitto tentato,

¹⁴⁸ A. Falzea, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 141.

¹⁴⁹ G. De Simone *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, cit., p. 18.

istituto del tutto sconosciuto al diritto amministrativo; la rilevanza extraterritoriale che il legislatore attribuisce all'illecito posto in essere dall'ente, che è tipicamente penalistica; infine, il profilo della successione delle leggi nel tempo, con particolare riguardo al principio della retroattività della legge più favorevole, principio cardine del diritto penale.

In conclusione, dunque, il panorama dottrinale non pare aver trovato un punto di incontro: la natura giuridica della responsabilità dell'ente rimane controversa, anche se è indubitabile che essa paia avvicinarsi più al diritto penale che al diritto amministrativo, pur trattandosi di un diritto penale diverso, più elastico, che ha saputo cioè adattarsi alle peculiarità e specificità della persona giuridica. In tale prospettiva, la dottrina ha parlato di altro diritto penale, diverso da quello pensato per le persone fisiche: *«è un diritto penale diverso – con categorie sistematiche e criteri d'imputazione suoi propri – ritagliato, ovviamente, sulle specifiche fattezze dei soggetti metaindividuali. È un secundum genus penalistico, se si vuole»*¹⁵⁰.

Il dibattito in merito alla natura giuridica della responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 non ha coinvolto solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza, che ha dato vita ad un panorama piuttosto frastagliato e disomogeneo.

I giudici di merito, inizialmente, hanno configurato la responsabilità della persona giuridica in termini di responsabilità amministrativa a tutti gli effetti. In particolare, si è ritenuto che *«com'è noto, il d.lgs.*

¹⁵⁰ G. De Simone *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, cit., p. 20.

231/01 ha introdotto nell'ordinamento il principio della responsabilità amministrativa degli enti collettivi, con esclusione degli enti pubblici non economici, in conseguenza di reati commessi in loro favore. Nonostante l'indiscusso elemento di novità introdotto nel sistema da tale normativa, va evidenziato come la responsabilità in questione rivesta, per espressa scelta legislativa, natura amministrativa, fungendo la commissione del reato come mero presupposto per la sua attivazione»¹⁵¹.

L'elemento valorizzato dai giudici di merito per ancorare la responsabilità dell'ente al diritto amministrativo è dunque sostanzialmente quello letterale, in quanto viene richiamata esclusivamente l'espressione del legislatore che parla di "responsabilità amministrativa" degli enti, senza dunque entrare nel dato fattuale e sostanziale.

La giurisprudenza della Cassazione, inizialmente, propende invece per una ambigua responsabilità amministrativa "da reato", per sottolineare la peculiare natura amministrativa di una responsabilità derivante pur sempre da un reato¹⁵².

¹⁵¹ Trib. Milano, ord. 9 marzo 2004, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 1333, con nota di C.F. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, p. 1335 ss.

¹⁵² In tal senso Cass. pen., SS.UU., 23 giugno 2011, n. 34476, in *www.penale.it*, secondo cui «il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, nell'abrogare e riformulare il contenuto precettivo dell'art. 174-bis T.U.F. (Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione), non è intervenuto sulla responsabilità amministrativa da reato dettata dall'art. 25-ter d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto le relative fattispecie non sono richiamate da questo testo normativo e non possono conseguentemente costituire fondamento di siffatta responsabilità».

In altre circostanze, tuttavia, sia la giurisprudenza di merito¹⁵³ che quella di legittimità hanno avallato l'idea dell'esistenza di un *tertium genus* di responsabilità. In particolare, ad avviso della Cassazione, «*il d.lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto un tertium genus di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella sezione 3° da parte un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato "è fatto della società, di cui essa deve rispondere"*»¹⁵⁴.

In altre circostanze, invece, la Cassazione ha preferito non prendere posizione in merito alla natura giuridica della responsabilità degli enti: «*«il sistema sanzionatorio proposto dal d.lgs. 231 fuoriesce dagli schemi tradizionali del diritto penale – per così dire – “nucleare”, incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene*

¹⁵³ Cfr., in particolare, Tribunale di Milano, ordinanza 24 gennaio 2008, secondo cui «Non vi è dubbio perciò che l'illecito amministrativo conseguente da reato disciplinato dal d.lgs. n. 231/2001 obbliga direttamente l'ente al risarcimento e/o alle riparazioni del danno a norma delle leggi civili. È evidente che l'art. 185 c.p. deve essere interpretato estensivamente alla luce dei principi sopra richiamati e ricomprendere anche il *tertium genus* disciplinato dalla legge in esame. La stessa difesa dell'ente riconosce che il danneggiato dall'illecito amministrativo conseguente da reato può adire il giudice civile e chiedere il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.».

¹⁵⁴ Cass. pen., 16 luglio 2010, n. 27735, in *www.dejure.it*, secondo cui «conclusivamente, in forza del citato rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.). Né il d.lgs. n. 231 delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva, prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo».

principali e pene accessorie, ed è rapportato alle nuove costanti criminologiche delineate nel citato decreto»¹⁵⁵.

Non sono mancati anche casi in cui la Cassazione ha laconicamente criticato la scelta del legislatore, reo di aver mascherato attraverso il *nomen iuris* una responsabilità di tipo chiaramente penale: «è noto che il d.lgs. n. 231 del 2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire la morte del dogma "societas delinquere non potest". E ciò perché, ad onta del "nomen iuris", la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.); interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole»¹⁵⁶.

Proprio questo è, in definitiva, l'orientamento più diffuso presso la giurisprudenza della Corte di Cassazione, confermato anche dalle Sezioni Unite in una pronuncia del 2009, nella quale si legge che «la responsabilità degli enti così come strutturata nella normativa 231/01, ancorché formalmente denominata "amministrativa", ricalca poi nella sostanza, mutatis mutandis, la falsariga della responsabilità penale,

¹⁵⁵ Cass. pen., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1746, con note di V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, p. 1758 ss. e di E. Lorenzetto, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, p. 1788 ss.

¹⁵⁶ Cass. pen., 20 dicembre 2005, n. 3615, in *www.dejure.it*.

*come già riconosciuto dalla stessa dottrina che predica ormai quasi unanimemente il principio per cui *societas delinquere potest*, così sovvertendo l'opposta e radicata tradizione romanistica sotto l'impulso della normativa comunitaria»¹⁵⁷.*

Questo è, allo stato attuale, l'indirizzo prevalente, che attribuisce rilevanza, dunque, non tanto al *nomen iuris* scelto dal legislatore, ma al contenuto sostanziale della cornice normativa delineata dal d.lgs. n. 231/2001, il quale sembra essere ispirato più ad una logica penalistica (seppure adeguata poi alle specifiche caratteristiche delle persone giuridiche) piuttosto che amministrativistica.

4.4. L'ambito di applicazione della disciplina e i criteri di imputazione

La disciplina contenuta nel d.lgs. n. 231/2001 si rivolge sostanzialmente a tutte quelle persone giuridiche che esercitano una attività di natura economica. Si tratta, invero, di una platea di destinatari piuttosto estesa: secondo quanto previsto dall'art. 1, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 231/2001, la disciplina trova applicazione nei confronti degli «enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», con esclusione, pertanto, dello Stato, degli enti pubblici territoriali, ossia Regioni, Province e Comuni, degli enti

¹⁵⁷ Cass. civ., SS.UU., 30 settembre 2009, n. 20936, in *Foro Italiano*, 2010, II, c. 3127 ss.

pubblici non economici¹⁵⁸ nonché degli enti che esercitano funzioni di rilevanza costituzionale, come, ad esempio, i partiti politici e i sindacati.

Per quanto riguarda, invece, l'impresa individuale, la giurisprudenza prevalente ritiene che per essa non trovi applicazione la disciplina in esame, in quanto non si tratta di un ente collettivo, anche se l'orientamento sul tema non è pacifico¹⁵⁹.

In generale, comunque, essendo la disciplina pensata per contrastare l'attività criminosa delle società commerciali, è propria a queste ultime che il legislatore *in primis* intende riferirsi.

Quanto ai criteri di imputazione, la fattispecie delineata dal legislatore presenta una struttura complessa, che si perfeziona nel momento in cui il reato sia stato commesso nell'interesse dell'ente o a suo vantaggio, e sia stato realizzato da soggetti che siano legati all'ente medesimo da una particolare tipologia di rapporto. In particolare, secondo quanto

¹⁵⁸ Per quanto riguarda, in particolare, gli enti pubblici non economici, Cass. pen., 26 ottobre 2010, n. 234, in www.cortedicassazione.it, 2010, 248795, ha sostenuto che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria ma non sufficiente per l'esonero dalla disciplina in questione, dovendo necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo.

¹⁵⁹ Inizialmente, infatti, la Cassazione aveva escluso che l'impresa individuale fosse soggetta alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001, in quanto essa era riservata unicamente agli enti dotati di personalità giuridica strutturati in forma societaria o pluripersonale. Una estensione della disciplina, dunque, sarebbe incompatibile con il divieto di analogia tipico del diritto penale. In tal senso si era espressa Cass. pen., 3 marzo 2004, n. 18941, in www.dirittoegiustizia.it, n. 30, 2004, p. 25. Successivamente, però, Cass. pen., 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Cassazione penale*, 2011, p. 2556, aveva stabilito che invece la normativa trovava applicazione anche per le imprese individuali. La giurisprudenza ha poi cambiato nuovamente orientamento, sostenendo che «la normativa sulla responsabilità da reato degli enti prevista dal d.lgs. n. 231/2001 non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi»: così Cass. pen., 16 maggio 2012, n. 30085, in www.cortedicassazione.it, 2012, 252995.

disposto dall'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, il reato deve essere stato commesso a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lett. a). Questi due criteri di imputazione hanno carattere oggettivo. Ad essi, poi, si affianca un requisito di carattere soggettivo, in quanto il legislatore ha previsto che per il perfezionarsi della responsabilità della persona giuridica è necessario uno specifico legame fra il reato posto in essere ed il comportamento dell'ente, il quale deve essere accertato viziato quantomeno da colpa.

I criteri di imputazione, dunque, si distinguono in criteri di imputazione oggettiva e soggettiva.

4.5. Gli autori del reato presupposto: soggetti in posizione apicali e soggetti sottoposti all'altrui direzione e controllo

Per indicare i soggetti la cui attività criminosa può far scattare la responsabilità penale dell'ente, il legislatore ha fatto ricorso alla c.d. teoria organica, come si legge nella Relazione al decreto n. 231, secondo cui *«l'identità tra autore dell'illecito e destinatario della sanzione*

viene assicurata quando la persona fisica autrice del reato è un soggetto che ha agito “nell’interesse o a vantaggio” dell’ente»¹⁶⁰.

Sostanzialmente, quindi, nel momento in cui un soggetto che ricopre, all'interno dell'organizzazione dell'ente, una qualifica, pone in essere una fattispecie delittuosa a vantaggio o nell'interesse dell'ente, è l'ente stesso ad essere protagonista della vicenda criminosa, in quanto, come si legge ancora nella Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo, «*se gli effetti civili degli atti compiuti dall’organo si imputano direttamente alla società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o - come nel caso del decreto legislativo - amministrative*».

L'individuazione dei soggetti che possono far scattare la responsabilità penale dell'ente viene effettuata utilizzando un criterio oggettivo-funzionale, in quanto non si tiene conto unicamente del *nomen iuris* del rapporto, ma anche all'attività effettivamente esercitata in concreto. In particolare, il legislatore fa riferimento a coloro i quali esercitano funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché alle persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso:

La dottrina ha osservato che tra i soggetti in posizione apicale vanno compresi anche i direttori generali i quali «non sono organi ma dipendenti (e possono, in casi particolari, anche non esserlo) della società, i

¹⁶⁰ Sui presupposti oggettivi necessari per l'affermazione della responsabilità penale dell'ente si v. G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2012, p. 1249 ss.; P. Cipolla, *Il d.lgs. n. 231 del 2001 nella prassi giurisprudenziale, a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Giurisprudenza di merito*, 6, 2011, p. 1468 ss.

cui poteri di gestione derivano dal contratto di lavoro, e sono sottoposti alle direttive del consiglio di amministrazione»¹⁶¹. Tuttavia essi, soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni, possono acquisire di fatto una grande autonomia operativa, che può essere analoga o in alcuni casi addirittura superiore a quella degli amministratori.

Per quanto riguarda, invece, coloro i quali svolgono di fatto una posizione apicale, pur senza essere investiti della relativa qualifica, la dottrina ha chiarito che l'esercizio di tali funzioni non deve essere episodico, in quanto il legislatore ha inteso piuttosto fare riferimento a coloro che «*esercitano un penetrante dominio sull'ente (è il caso del socio non amministratore ma detentore della quasi totalità delle azioni, che detta dall'esterno le linee della politica aziendale ed il compimento di determinate operazioni)*»¹⁶².

La seconda categoria di soggetti cui il legislatore ha inteso fare riferimento concerne coloro i quali si trovano in una posizione subordinata, in quanto esercitano la loro attività sotto la direzione o la vigilanza di soggetti in posizione apicale. Anche tali soggetti, del resto, possono "spendere" il nome dell'ente di cui fanno parte.

La scelta del legislatore, di colpire l'ente anche per mano di soggetti che hanno una posizione abbastanza irrilevante nella scacchiera societaria, discende dalla necessità «di prevenire il fenomeno c.d. dell'“ir-

¹⁶¹ G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, Cedam, Padova, 2002, p. 103.

¹⁶² G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 104.

responsabilità organizzata” e di evitare preordinati (e altrimenti prevedibili) scaricamenti verso il basso della responsabilità»¹⁶³. Sostanzialmente, quindi, il legislatore ha inteso evitare che l'ente possa garantirsi l'impunità facendosi schermo con coloro i quali si trovano nelle posizioni più in basso della scala gerarchica della società.

4.6. Criteri oggettivi: l'interesse o vantaggio dell'ente

La commissione del reato da parte di soggetti legati all'ente da rapporto organico non è tuttavia sufficiente per addossare a quest'ultimo una responsabilità penale, in quanto il legislatore considera fondamentale che il reato venga posto in essere nell'interesse dell'ente, oppure comunque a vantaggio dello stesso.

La Cassazione ha chiarito la differenza tra "interesse" e "vantaggio" dell'ente, sebbene i due requisiti paiano essere molto simili: secondo i giudici, in particolare, il criterio dell'interesse «esprime una valutazione del reato apprezzabile “*ex ante*” e cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo mentre quello del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva e come tale valutabile “*ex post*” sulla base degli effet-

¹⁶³ G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 105.

ti concretamente derivanti dalla realizzazione dell'illecito»¹⁶⁴. Occorre pertanto accertare in concreto le modalità dell'accaduto.

Sostanzialmente, quindi, secondo la giurisprudenza il requisito dell'interesse si muoverebbe su un piano esclusivamente soggettivo, in quanto farebbe riferimento alla sfera psichica del soggetto che ha posto in essere la condotta delittuosa; per quanto riguarda, invece, il requisito del vantaggio, esso si atteggia su un piano oggettivo, in quanto bisogna valutare unicamente le conseguenze che l'azione delittuosa ha prodotto in relazione alla sfera della persona giuridica.

Ciò significa che l'ente sarà responsabile anche se l'autore del fatto ha inteso agire unicamente per arrecare un vantaggio a sé stesso ma, indirettamente, di tale azione si sia avvantaggiato anche l'ente. Va segnalato, comunque, che se la persona fisica ha commesso il fatto unicamente per arrecare un vantaggio a sé o ad un terzo, la persona giuridica non è considerata responsabile, in quanto è come se si venisse ad "infrangere" il rapporto di immedesimazione organica tra l'ente stesso ed il soggetto.

¹⁶⁴ Cass. pen., 21 gennaio 2016, n. 2544, in *www.altalex.com*. Secondo i giudici, nel caso di specie, «ricorre il requisito dell'interesse quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica; ciò accade, ad esempio, quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito (non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa: pur non volendo il verificarsi dell'infortunio a danno del lavoratore, l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente (ad esempio far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione). Ricorre il requisito del vantaggio quando la persona fisica, agendo per conto dell'ente, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche e, dunque, ha realizzato una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza del lavoro, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto; il criterio del vantaggio, così inteso, appare indubbiamente quello più idoneo a fungere da collegamento tra l'ente e l'illecito commesso dai suoi organi apicali ovvero dai dipendenti sottoposti alla direzione o vigilanza dei primi».

Parte della dottrina ha segnalato una problematica relativa a tali requisiti: si è sostenuto, infatti, che *«anche sull'assetto di questo requisito oggettivo sono altresì da segnalare le ricadute derivanti dell'allargamento dei reati presupposto. Ciò innanzi tutto con l'inclusione tra gli stessi di fattispecie che non costituiscono davvero espressione della criminalità di impresa e che, come tali, mal si attagliano alla logica della colpa da rischio di base lecito e, dunque, alle finalità di natura economica in senso stretto»*¹⁶⁵.

Ci si riferisce all'allargamento dei reati presupposti verificatosi soprattutto dopo che l'art. 9 della legge 3 agosto 2007, n. 123 ha inserito nel d.lgs. n. 231 l'art. 25-septies, estendendo i reati presupposto *«ai delitti di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sui lavoro»*.

La dottrina, in proposito, ha espresso delle riserve, sostenendo che *«ben noto è il rilievo della difficoltà che il reato colposo di evento (morte o lesioni del lavoratore) possa essere commesso “nell'interesse dell'ente”, vista la ritenuta incompatibilità di questo criterio con un delitto realizzato appunto “senza volizione”; ma anche il criterio del vantaggio è parso mal conciliabile con questa categoria di reati, a meno di riferire i due concetti di “interesse” e “vantaggio” non già all'evento delittuoso, bensì alla condotta che si ponga in contrasto con le regole cautelari a tutela della salute e dell'incolumità dei lavoratori,*

¹⁶⁵ G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 1251.

salve le ricadute in termini di anticipazione della tutela destinate a conseguirne (e peraltro incombenti su tutto l'impianto del d.lgs.)»¹⁶⁶.

Si tratta di problematiche, dunque, di cui il legislatore avrebbe fatto meglio a tenere conto.

4.7. Criteri soggettivi: la colpa di organizzazione. Esonero della responsabilità dell'ente e modelli organizzativi

Come già detto in precedenza, non è sufficiente la presenza dei requisiti oggettivi, essendo indispensabile che sussista anche un criterio soggettivo, ossia la colpevolezza della persona giuridica. Avendo chiarito che la colpevolezza dell'ente non può muoversi secondo i canoni ordinari di tipo psichico, è chiaro che l'ente è responsabile per una vera e propria colpa "organizzativa".

L'ente, dunque, può essere chiamato a rispondere del reato commesso da determinate persone fisiche solo quando alcune lacune e manchevolezze nell'organizzazione della sua attività abbiano permesso ad altri soggetti di commettere le fattispecie delittuose¹⁶⁷.

Come è stato osservato, «*i profili di tale colpa di organizzazione sono strutturati diversamente a seconda della tipologia di soggetti che*

¹⁶⁶ G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 1251.

¹⁶⁷ In tal senso S. Riondato, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231)*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003, p. 824. In senso critico nei confronti di tale requisito M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, cit., p. 407.

hanno commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ovvero a seconda che il reato sia stato posto in essere da un soggetto apicale o da un sottoposto, poiché in tali due casi sono diversi i tipi di cautele da adottare per evitare la violazione della legge penale»¹⁶⁸.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ipotesi della fattispecie criminosa posta in essere da soggetti che si trovano in una posizione apicale, in tal caso l'ente è chiamato ad una prova contraria molto rigorosa, essendo tenuto a dimostrare che non ha avuto alcuna responsabilità nel verificarsi dell'episodio criminoso. Il fatto commesso dal soggetto posto in posizione apicale, infatti, è considerato alla stregua di un fatto commesso dall'ente stesso, per cui in capo a questi vi è una prova molto difficile.

In particolare, l'ente è tenuto a dimostrare che: a) sono stati adottati ed applicati tutti i controlli efficaci e finalizzati all'impedimento della commissione del reato; b) ha istituito al proprio interno, al fine di garantire la massima efficienza dei modelli organizzativi, un apposito organismo di controllo, che sia dotato di una propria effettiva autonomia nell'attività di vigilanza; c) gli autori materiali del reato, collocati in posizione apicale, sono riusciti ad eludere il sistema di sorveglianza all'uopo predisposto dall'ente; d) l'organo di controllo ha vigilato in maniera corretta, senza alcuna omissione o negligenza.

Il *compliance programs*, pertanto, viene ad essere la chiave di volta che può esimere l'ente dall'addebito di responsabilità. L'adozione di

¹⁶⁸ Per questa ricostruzione C.E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico*, 2001, p. 845 ss.; G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 106.

tali programmi, invero, non ha carattere obbligatorio, costituendo, piuttosto, un vero e proprio onere per l'ente, che può andare esente da responsabilità penale solo dimostrando l'esistenza e l'efficacia dello stesso. Non basta, dunque, la mera adozione del programma, essendo necessario che esso funzioni correttamente, secondo le indicazioni del legislatore.

In particolare, i modelli di organizzazione e di gestione della società dovranno essere molto elastici e flessibili, nel senso che nella loro elaborazione si dovrà giocare forza tenere conto delle caratteristiche della società, in quanto non è possibile immaginare l'esistenza di un unico modello gestionale che sia valido per tutti.

Il legislatore, comunque, impone che il modello sia in grado di soddisfare le seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Nel senso che l'adozione del *compliance programs* non si esaurisce in un unico momento, essendo l'ente tenuto ad un aggiornamento del modello a seconda dello sviluppo della propria attività. Sul punto si v. U. Lecis, *L'Organismo di vigilanza e l'aggiornamento del Modello organizzativo*, in *Rivista – La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2006, p. 40. Va ricordato che il legislatore ha comunque previsto la possibilità che tali modelli vengano adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli stessi.

Per quanto concerne i soggetti posti in posizione non apicale, l'ente risponde, in tal caso, in presenza di un vero e proprio *deficit* organizzativo. Tuttavia, il legislatore ha previsto una nuova via di fuga per l'ente, che può andare esente da responsabilità penale dimostrando di aver adottato un modello di organizzazione e gestione tale da prevenire in astratto l'ipotesi delittuosa in concreto commessa. Quindi nel caso di reato commesso da subordinati la responsabilità è legata all'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Questa responsabilità è sicuramente esclusa in caso di adozione ed efficace attuazione da parte dell'ente di un modello di organizzazione, gestione e controllo, ma è ben possibile dare comunque dimostrazione di avere adempiuto ai propri obblighi di direzione in altro modo.

Alla luce di quanto detto sinora, pare evidente che *«il modello organizzativo, per risultare idoneo, deve stabilire, previo monitoraggio delle aree di attività soggette al rischio di commissione di reati, appositi paradigmi procedurali per la formazione e l'attuazione delle decisioni dei vertici aziendali, per la gestione delle risorse finanziarie e per la trasmissione delle informazioni all'organismo di vigilanza. L'efficace attuazione del modello è infine assicurata dalla previsione di un sistema sanzionatorio di carattere disciplinare»*¹⁷⁰.

Non tutti i reati commessi dalle persone fisiche legate all'ente da un rapporto di immedesimazione organica producono il verificarsi della responsabilità penale dell'ente medesimo. Il legislatore, infatti, ha previsto che l'ente non può essere considerato responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a

¹⁷⁰ A. Traversi, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 308.

quel determinato reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.

Si tratta di un corollario del principio di legalità, che costituisce espressione, nella sua genesi, di una scelta politica individualistico-garantista di salvaguardia, almeno formale, della libertà del singolo individuo, ossia espressione del *favor libertatis*, e di chiara matrice illuministica.

I reati interessati attengono alle seguenti oggettività giuridiche: delitti contro la pubblica amministrazione; falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo; reati societari; reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico; delitti contro la personalità individuale; reati e illeciti amministrativi di manipolazione del mercato e di abuso di informazioni privilegiate; reati transnazionali; reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Nel corso degli anni, tuttavia, l'elenco dei reati previsti dal legislatore si è mostrato piuttosto lacunoso, soprattutto per quelli in materia ambientale. Un primo intervento legislativo si è avuto con l'art. 2 del d.lg. n. 121 del 7 luglio 2011, che ha profondamente inciso sulla parte speciale del d.lgs. 231/2001 introducendo l'art. 25-*undecies* il quale introduceva la responsabilità dell'ente per svariate contravvenzioni ambientali, quali la distruzione, la cattura, il prelievo, la detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, di cui all'art. 727*bis* c.p., e la distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto di cui all'art. 733*bis*.

Va segnalato che, tuttavia, una lacuna piuttosto evidente del d.lgs. n. 121/2011 risiede nella omessa inclusione nell'elenco dei reati di quelli più gravi di natura codicistica in materia ambientale e di incolumità pubblica utilizzati in quel periodo storico per l'incriminazione di fatti dolosi o colposi di maggiore disvalore offensivo. Da ciò ne derivava che un processo *«penale a carico di un ente collettivo poteva essere avviato solo per l'eventuale commissione nel suo interesse o vantaggio di alcuni fatti colposi di minore disvalore, ma non certamente per quelli di maggiore rilevanza e di natura dolosa capaci di produrre un macro-evento dannoso o pericoloso per l'ecosistema e per l'incolumità pubblica. Appariva però davvero poco ragionevole che un ente dovesse rispondere di condotte meramente pericolose o rischiose per l'ambiente o l'incolumità pubblica come lo sversamento di acque o l'immissione di gas al di sopra di limiti tabellari e non invece per quelle effettivamente produttive di un macro-evento dannoso per l'ecosistema come l'inquinamento o il disastro ambiente»*¹⁷¹.

L'art. 25 *undecies* del d.lgs. 231/2001 è stato successivamente modificato dalla recente legge n. 68/2015 che ha inciso in maniera assai profonda e significativa in materia di ecoreati. Il legislatore, dunque, ha collocato in apertura dell'art 25*undecies* i nuovi e più gravi reati ambientali, connotati da una cornice sanzionatoria assai più severa, in ragione del loro maggiore disvalore lesivo, anche se non mancano anche a seguito di tale riforma delle lacune.

¹⁷¹ G. Amarelli, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 405 ss.

4.8. Le sanzioni e le altre misure previste dal d.lgs. 231/2001

Il sistema sanzionatorio predisposto dal legislatore a carico degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato è abbastanza specifico e peculiare, caratterizzandosi in sanzioni amministrative (sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive) e sanzioni speciali, sebbene di matrice penalistica, quali la confisca e la pubblicazione della sentenza.

L'obiettivo del legislatore è quello di creare un apparato sanzionatorio in grado di fungere da dissuasore nei confronti delle persone giuridiche, atteggiandosi come incisivo senza però assumere i contorni di regime eccessivamente repressivo.

La dottrina ha osservato che le sanzioni previste per gli enti collettivi *«attingono direttamente (sanzione pecuniaria e confisca) o indirettamente (sanzioni interdittive) al profitto, o comunque all'utile economico dell'ente, e sono dirette a perseguire esigenze di prevenzione, generale e speciale, attraverso la tecnica del carrot and stick. Il sistema, se da un lato cerca di distogliere gli enti da propositi criminosi mediante la minaccia di pene severe e, in caso di recidiva, di inasprimenti sanzionatori, dall'altro, valorizzando in funzione premiale il postfatto, concede cospicui abbattimenti di pena - fino a due terzi dell'entità della sanzione pecuniaria - laddove l'ente medesimo ponga in essere attività riparatorie efficacemente dirette a rimuovere le conseguenze del reato e/o adotti i compliance programs, ovvero modelli organizza-*

tivi idonei a prevenire reati della stessa specie di quelli, rispetto ai quali, si è configurata la responsabilità dell'ente»¹⁷².

Esistono, dunque, diverse tipologie di sanzioni. Le sanzioni pecuniarie sono previste dagli artt. 10, 11 e 12 del d.lgs. n. 231/02001, e sono sanzioni tipicamente amministrative. Si tratta di una sanzione indefettibile, nel senso che deve essere necessariamente applicata in caso di sussistenza di un illecito amministrativo derivante da reato.

Il legislatore, al fine di rendere più flessibile il sistema sanzionatorio, ha previsto un innovativo meccanismo di commisurazione della sanzione "per quote", che si articola in una doppia determinazione del giudice: la prima riguarda il numero di quote e si fonda sui comuni indici di gravità dell'illecito e, dunque, la gravità del fatto, il grado della responsabilità dell'ente e l'attività posta in essere per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di illeciti ulteriori; la seconda, invece, ha ad oggetto il valore di mercato della singola quota, che deve essere determinato tenendo presente le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, al fine di garantire

¹⁷² R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, cit., p. 130. Nello stesso senso, valutando favorevolmente l'intervento del legislatore, R. Guerrini, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2004, p. 89.

l'efficacia della sanzione¹⁷³. Chiamato a rispondere della sanzione è esclusivamente l'ente con il suo patrimonio o fondo comune.

Per quanto concerne, invece, le sanzioni interdittive, esse sono previste dall'art. 9 del d.lgs. n. 231/2001, e sono caratterizzate da una afflittività piuttosto incisiva, in quanto sono idonee a generare delle limitazioni piuttosto significative all'attività di gestione e produttiva dell'ente, fino addirittura a determinarne la paralisi.

Le sanzioni interdittive sono infatti le seguenti: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Esse trovano applicazione insieme alle sanzioni pecuniarie, e possono essere comminate solo relativamente a quei reati per i quali il legislatore espressamente le prevede, ed in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ov-

¹⁷³ L'art. 12 del d.lgs. n. 231/2001 prevede, inoltre, che «la sanzione pecuniaria è ridotta della metà e non può comunque essere superiore a lire duecento milioni se: a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo; b) il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità; 2. La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. 3. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi. 4. In ogni caso, la sanzione pecuniaria non può essere inferiore a lire venti milioni».

vero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti¹⁷⁴.

Esse hanno una durata di minimo tre mesi e massimo due anni, e solo in casi eccezionali possono essere comminate in via definitiva. Il giudice, nella loro irrogazione, deve tenere conto del principio di proporzionalità, applicando la sanzione meno incisiva se adeguata. Le sanzioni interdittive, infine, non possono essere applicate se: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Altra sanzione, di matrice penalistica, è la pubblicazione della sentenza di condanna, prevista dall'art. 18 del d.lgs. n. 231/2001. La *ratio* di tale previsione è quella di creare all'ente un danno di immagine, ma anche di fare in modo che i terzi possano essere tutelati.

Ultima sanzione prevista, poi, è la confisca, che ha sempre carattere obbligatorio ed è disposta con la sentenza di condanna dell'ente. La

¹⁷⁴ Cfr., sul punto, M. Panasiti, *Riparazione delle conseguenze del reato*, in M. Levis, A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 357, secondo cui per evitare la sanzione interdittiva che, di regola, tende a paralizzare o condizionare lo svolgimento dell'attività, non è sufficiente aver eliminato le conseguenze e aver risarcito il danno, considerato che il modello di esonero dalla sanzione interdittiva diventa pienamente cofunzionale agli scopi di tali sanzioni solo se la condotta compensativa post factum ricomprende anche l'eliminazione del fattore rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo».

ratio della confisca è quella di precludere all'ente la possibilità di beneficiare dei frutti dell'attività illecita commessa nel suo interesse o a suo vantaggio. La confisca ha ad oggetto il prezzo o il profitto del reato, fatta salva la parte acquistata dai terzi di buona fede e quella che può essere restituita al danneggiato.

Vi è poi anche l'ipotesi residuale della confisca per equivalente, avente ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. La finalità di tale previsione è piuttosto chiara, ossia quella di evitare che l'ente possa godere dei frutti della sua attività criminosa anche quando il prezzo od il profitto della stessa sia ormai sostanzialmente non più disponibile.

Va segnalato, inoltre, che le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato¹⁷⁵. Infine, chiunque, nello svolgimento dell'attività dell'ente a cui è stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Un aspetto peculiare del d.lgs. 231/2001, è l'aver previsto l'applicabilità delle misure cautelari, in relazione agli illeciti amministrativi commessi dell'ente, in presenza delle condizioni previste dall' art. 45 della summenzionata disciplina. In particolare, esse sono rappresentate da gravi indizi di responsabilità dell'ente per l'illecito amministrati-

¹⁷⁵ Ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 231/2001, «interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio».

vo, rivelatore di un consistente *fumus* di colpevolezza, e dalla presenza di fondati e specifici elementi che fanno presumere la reiterazione di reati della medesima indole, espressione quest' ultime di *esigenze cautelari*¹⁷⁶. Il giudice nel disporre le suddette misure, su richiesta del pubblico ministero, il quale è l'unico a detenere tale potestà, deve attenersi a specifici criteri di scelta, quali idoneità, proporzionalità ed adeguatezza. E' il caso di ricordare come il giudice possa solo accogliere o respingere la suddetta richiesta del pm, ma non potrà in alcun caso applicare una misura più grave, mentre sarà consentita, nell'eventualità, l'applicazione di una misura cautelare meno grave.

Le tipologie di misure previste dall'art. 45 del d.lgs. 231/2001, sono le stesse di quelle previste dall'art. 9, comma 2¹⁷⁷.

La disciplina in esame, oltre all'applicazione delle misure cautelari di cui abbiamo appena discusso, prevede due ulteriori strumenti di tutela. Ci si riferisce al "sequestro preventivo" ex art. 53 ed il "sequestro conservativo" ex art 54 d.lgs. 231/2001, i quali hanno la funzione di «evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato e di paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione d altri reati»¹⁷⁸. In

¹⁷⁶ A. Traversi, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 318 ss.

¹⁷⁷ L'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 231/2001 prevede a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

¹⁷⁸ A. Traversi, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 316.

riferimento a tali istituti vengono richiamate, in quanto compatibili, le norme processuali che regolano gli omologhi istituti di dritto penale.

4.9. Integrazione della normativa anticorruzione con i modelli organizzativi 231/01 e i presidi di controllo nella normativa anticorruzione

Il *compliance programs*, pertanto, viene ad essere la chiave di volta che può esimere l'ente dall'addebito di responsabilità. L'adozione di tali programmi, invero, non ha carattere obbligatorio, costituendo, piuttosto, un vero e proprio onere per l'ente, che può andare esente da responsabilità penale solo dimostrando l'esistenza e l'efficacia dello stesso. Non basta, dunque, la mera adozione del programma, essendo necessario che esso funzioni correttamente, secondo le indicazioni del legislatore.

Tra i reati presupposto, per quello che rileva ai fini dell'indagine, va sottolineato che il decreto "spazza corrotti" ha riformato l'art. 25 del d.lgs. n. 231/2001. Il novero dei reati presupposti è stato infatti ampliato con l'introduzione al comma 1 del reato di "traffico di influenze illecite" (art. 346 bis c.p.); la sanzione interdittiva comminata per i reati di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 25 è stata inasprita, considerato che prima della riforma era prevista una sanzione non superiore ad un anno, mentre a seguito della riforma è compresa tra i quattro ed i sette anni ove il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto apicale ovvero durata "non inferiore a due anni e non superiore a quattro

anni” ove il reato presupposto sia stato, invece, commesso da un soggetto sottoposto alla direzione e controllo del soggetto apicale; infine, al comma 5 bis è stata introdotta una sanzione interdittiva attenuata (“non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni”) nel caso in cui prima della sentenza di primo grado l’Ente si sia efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità e abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l’adozione e l’attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi¹⁷⁹.

La dottrina ha osservato che «l’inclusione di questa fattispecie nel novero dei reati presupposto 231 rende doveroso un attento aggiornamento dell’analisi di rischio per gli Enti già dotati di Modello di organizzazione, gestione e controllo considerando che il rischio può, fisiologicamente, annidarsi in attività che pongono in relazione due soggetti privati uno dei quali funge da intermediario “illecito” verso un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio in cambio di un interesse o vantaggio, poiché diversamente non rileverebbe ai fini 231, e verificando, dunque, l’adeguatezza del sistema dei controlli interni esistenti ovvero la necessità di intervento. Per gli Enti che non ne siano dotati affatto, vista la potenziale estensione della fattispecie,

¹⁷⁹ Integra il reato di “traffico di influenze illecite”, introdotto dalla Legge 190 del 2012 e riformato dal Decreto Anticorruzione, “chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi”.

questa novità non può che tradursi in un motivo, ulteriore rispetto ad un'ampia serie di altri interessanti motivi, per valutare l'adeguamento al D.Lgs. 231/01, con tutto quanto ne consegue»¹⁸⁰.

La riforma è talmente recente che non è ancora trasparente quali effetti possa generare. Resta il fatto che vi è la sensazione che il legislatore stia progressivamente costruendo un nuovo modello organizzativo pensato appositamente per la repressione della corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione.

In generale, preme evidenziare che il d.lgs. n. 231/2001 e la legge n. 190/2012 muovono da una volontà originaria, ossia quella di creare un impianto normativo idoneo a contrastare la corruzione sul piano della prevenzione e su quello della repressione, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'ente.

Per quanto concerne, in particolare, il d.lgs. n. 231/2001, esso è stato concepito sin dall'inizio come strumento finalizzato a impedire i reati di concussione e di corruzione nei confronti della pubblica ammini-

¹⁸⁰ C. Morresi, *Legge anticorruzione e prevenzione del rischio da reato ex D.lgs. 231/01*, in *www.portale231.com*: «se la novità del punto 1) suscita questa prima considerazione, che sarebbe interessante arricchire con riflessioni rispetto ad esempi di commissione del reato che possano guidare nell'analisi di rischio e nella costruzione di un adeguato sistema dei controlli, la novità del punto 2) riguarda, invece, i reati di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), applicabile ex D.lgs. 231 01 sulla scorta del richiamo al corruttore (art. 321 c.p.). Il riformato art. 25, comma 5 D. Lgs. 231 01 prevede l'irrogazione di una sanzione interdittiva più elevata rispetto al passato con una cornice edittale che varia a seconda del ruolo dell'autore del reato presupposto (cornice edittale più aspra per soggetto apicale) con esplicito riferimento alle sanzioni di cui all'art. 9, comma 2 D.lgs. 231 01 ossia all'interdizione dall'esercizio dell'attività, alla sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni, al divieto di contrattare con la P.A., all'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e all'eventuale divieto di pubblicizzare beni o servizi. E se da un lato si ha un inasprimento della sanzione interdittiva 231 per l'Ente, coerentemente alla riforma dell'art. 317 bis c.p. che introduce l'incapacità in perpetuo di contrattare con la Pubblica Amministrazione accanto all'interdizione dai pubblici uffici, dall'altro la novità di cui al punto 3) si ha l'introduzione di un'attenuante specifica della sanzione interdittiva particolarmente interessante».

strazione; solo successivamente, infatti, è stato ampliato il catalogo dei reati presupposti, assecondando anche finalità diverse dal contrasto alla corruzione.

Al fine di non incorrere in responsabilità, dunque, il legislatore ha richiesto all'ente di dotarsi di modelli organizzativi, di gestione e di controllo idonei a prevenire fatti corruttivi: laddove il modello non sia stato capace di contrastare i fenomeni corruttivi, si apre una procedura di accertamento e di applicazione delle sanzioni.

Per quanto riguarda, invece, la legge n. 190/2012, essa ricorre a strumenti diversi per contrastare la corruzione. Tale provvedimento legislativo, infatti, si affida anzitutto a due strumenti di base, il Piano Nazionale Anticorruzione, predisposto dal Dipartimento della Funzione pubblica e approvato dall'ANAC, e i piani triennali di prevenzione della corruzione, predisposti dalle singole amministrazioni pubbliche, i quali hanno la funzione di valutare i singoli livelli di esposizione a fenomeni corruttivi cui sono soggetti in concreto i diversi uffici delle amministrazioni¹⁸¹.

Vi sono, poi, diverse azioni di coordinamento degli interventi di controllo, di prevenzione e di contrasto alla corruzione e all'illegalità nella pubblica amministrazione affidata ad un'apposita autorità, ossia l'ANAC. Ogni amministrazione, poi, è tenuta a nominare il responsabile per la prevenzione della corruzione.

Il Piano Nazionale anticorruzione ha chiarito le funzioni del Responsabile, il quale è tenuto alla verifica dell'efficace attuazione del piano

¹⁸¹ Cfr. sul punto C. Manacorda, *Decreto 231 e legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico*, in *www.rivista231.it*, aprile 2014, p. 1 ss.

e la sua idoneità, proponendo all'Organo di indirizzo politico, competente per l'adozione, eventuali modifiche in caso di accertamento di significative violazioni o mutamenti di organizzazione. Ulteriore compito affidato al Responsabile è l'individuazione del personale che potrà fruire di particolari programmi di formazione e di aggiornamento per la prevenzione della corruzione al fine di creare, nella realtà ministeriale, quella cultura dell'integrità e dell'etica dell'azione amministrativa, attraverso la quale avviare l'effettiva attuazione degli strumenti previsti dalla L. 190/2012. Fine ultimo dell'attività del Responsabile per la prevenzione della corruzione è, pertanto, l'individuazione, nell'ambito del PTPC, di azioni e misure organizzative volte a prevenire situazioni di corruzione nonché il monitoraggio dell'attuazione di tali azioni. Egli non ha una funzione di gestione né di repressione di fattispecie di corruzione, se verificatesi nell'ambito dell'Amministrazione di appartenenza, ma il suo scopo è quello di agire sui modelli comportamentali dei funzionari al fine di prevenire il sorgere di fenomeni corruttivi attraverso la pianificazione degli interventi.

Quanto, infine, alla responsabilità¹⁸² del Responsabile della prevenzione della corruzione, Il comma 8 dell'art. 1 della Legge n. 190/2012 configura una responsabilità dirigenziale nel caso di mancata predisposizione del Piano e di mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti da parte del Responsabile della prevenzione della corruzione; il comma 12 del medesimo articolo 1 prevede inoltre una forma più generale di responsabilità ai sensi dell'art. 21 del D. Lgs. n. 165/2001 (responsabilità dirigenziale), disciplinare e amministrativa (per danno erariale e per danno all'immagine

¹⁸² Sul tema si v., diffusamente, V. Tenore, L. Palamara, B. Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 509 ss.

dell'amministrazione) che si realizza nel caso in cui venga commesso, all'interno dell'apparato Ministeriale, un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, a meno che il responsabile della prevenzione della corruzione non provi: a) di aver predisposto, prima della commissione del fatto, il Piano e di aver adottato le procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti sulla scorta di quanto prescrivono i commi 9 e 10; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del Piano. In sintesi, la tempestiva adozione del Piano e delle procedure di selezione e formazione del personale dipendente costituiscono il fondamento su cui si baserebbe l'eventuale prova contraria a cui è tenuto il soggetto nominato responsabile al fine di evitare di rispondere: ai sensi dell'art. 21 del D. Lgs. n. 165/2001 (responsabilità dirigenziale); sul piano disciplinare; per danno erariale; per danno all'immagine della PA. La sanzione prevista nel caso in cui venga commesso l'illecito non può essere inferiore alla sospensione del servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese a un massimo di sei mesi.

In definitiva, la responsabilità del Responsabile della prevenzione della corruzione è molto gravosa, in quanto egli pare essere oggettivamente responsabile per qualunque fatto di corruzione si sia verificato nella sua area di competenza, salva prova contraria.

In conclusione, ci si chiede quali siano i punti di incontro tra la normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001 e quella contenuta nella legge n. 190/2012. Una circolare del Presidente del Consiglio dei ministri del 2012, in proposito, ha chiarito che *«in caso di enti ai quali si applichi il dettato del d.lgs. 231/2001, e che quindi adottino un Modello di organizzazione e di gestione idoneo alla prevenzione di reati e che affi-*

dino ad un Organismo di Vigilanza (cosiddetto OdV) la verifica del Modello, appare possibile che il modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 ed il Programma per la trasparenza e l'integrità siano contenuti in un unico documento (nel quale potrebbero essere valutati anche i rischi di corruzione, inserendovi i contenuti del «Piano di prevenzione della corruzione ex l. 190/2012) per ragioni di economicità e di razionale organizzazione».

Pare evidente, dunque, che sussiste uno stretto legame tra i due modelli di prevenzione della corruzione: se è vero, infatti, che le strategie adottate sono diverse, il fine è sostanzialmente lo stesso, ragion per cui è necessario che l'insieme di entrambe le norme trovi adeguata applicazione presso le amministrazioni pubbliche, ovviamente, e egli di diritto privato in controllo pubblico, sussistendo uno strettissimo legame tra norme poste a tutela della prevenzione dei fenomeni corruttivi e quelle poste a tutela della trasparenza amministrativa.

Conclusioni

L'indagine ha evidenziato che il d.lgs. n. 231/2001, che ha rappresentato una vera e propria rivoluzione copernicana in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche, presenta numerosi profili cri-

tici, figli di una tecnica legislativa incerta, in molti casi disorganica e lacunosa, spesso anche superficiale e poco precisa.

In un contesto siffatto, grava ancora una volta sulla giurisprudenza il compito di ricostruire la volontà del legislatore, cercando di sopperire alle lacune della legge. Per quanto apprezzabile, l'operato della giurisprudenza si è rivelato spesso disomogeneo ed incoerente, in alcuni casi anche poco rispettoso della *ratio legis*, come ha evidenziato soprattutto l'ultima parte dell'indagine in tema di idoneità del modello.

Sarebbe però ingeneroso addossare alla giurisprudenza responsabilità che sono in primo luogo del legislatore. Il modello organizzativo *ex* d.lgs. n. 231/2001, infatti, è ancora oggi un ibrido, sospeso tra (dichiarata) facoltatività e (effettiva) obbligatorietà. La giurisprudenza, infatti, individua nella mancanza del modello una causa decisiva per attribuire all'ente la responsabilità al cospetto di comportamenti penalmente rilevanti, senza dare ad essa la possibilità di dimostrare il contrario.

Ciò impone necessariamente delle riflessioni: sarebbe infatti opportuno che il legislatore optasse definitivamente per l'obbligatorietà del modello, onde evitare equivoci. Del resto, se nel 2001 tale scelta poteva apparire azzardata a causa del carattere già di per sé assai innovativo dell'introduzione dei modelli organizzativi, oggi tale decisione sarebbe la logica conseguenza di un orientamento giurisprudenziale diffuso, oltre che di buon senso, in quanto si imporrebbe alle aziende uno strumento di grande utilità soprattutto per esse stesse.

Allo stesso tempo, il legislatore è chiamato ad una ridefinizione dei contorni dell'istituto. La tecnica legislativa utilizzata, come si è visto, è piuttosto generica e vaga, farraginoso in alcuni aspetti e del tutto la-

cunosa in altri. Un'opera di ridefinizione sarebbe quanto mai opportuna per eliminare tutte quelle incertezze segnalate dalla dottrina e coraggiosamente affrontate dalla giurisprudenza.

Le discussioni sul tema sono abbastanza diffuse, ma al momento pare mancare una volontà politica in tal senso. Eppure gli avvenimenti che le cronache riportano, e soprattutto la presenza, ancora oggi molto diffusa, di sistemi-impresa criminali, imporrebbero al legislatore un ripensamento del sistema delineato al fine di correggere quelle distorsioni evidenziate nel corso dell'elaborato.

Per quanto riguarda, invece, il sistema inglese, si tratta indubbiamente di un sistema più flessibile, capace di adattarsi alla realtà circostanze ed alla mutevolezza della società in ragione delle caratteristiche proprie del common law. Questo rappresenta allo stesso tempo un punto di forza ma anche un punto debole in tema di certezza del diritto.

L'introduzione del Bribery Act, nel 2011, ha segnato una vera e propria svolta nel diritto penale inglese sul versante della lotta alla corruzione. Prima di tale importante riforma normativa, infatti, come si è visto, non esisteva, nel Regno Unito, una disciplina organica capace di punire la corruzione sul versante del diritto penale .

Non è un caso, dunque, che la dottrina inglese abbia definito “radicale” la scelta del legislatore, a sottolineare la grande portata della novella legislativa, ed il suo immediato impatto sulla lotta alla corruzione.

La legge in esame ha avuto anzitutto il merito di abrogare secoli di sovrapposizione normative di statutes e norme di common law che si

erano sovrapposti nel corso dei secoli senza alcuna coerenza organica ed omogeneità.

La ratio dell'introduzione di tale riforma, tuttavia, non risiede solo nell'indubbia esigenza di dare uniformità ad una materia che ormai era costellata di numerosi provvedimenti che, privi di sistematicità, mettevano in difficoltà lo stesso interprete, oltre che i consociati, andando a ledere il fondamentale principio della certezza del diritto, ma anche in altri motivi.

Anzitutto, i dati di Transparency International (TI) del 2010 collocavano il Regno Unito al ventesimo posto su 178 Paesi nella classifica del livello di corruzione percepito. Si avvertiva il bisogno, dunque, di cambiare lo stato delle cose, di affrontare in maniera decisa il problema della corruzione al fine anche di elevare il livello di percezione.

A ciò bisogna aggiungere il desiderio e la necessità del Regno Unito di adeguarsi al tentativo di armonizzazione in atto da tempo a livello europeo ed internazionale sul tema della corruzione. La partecipazione del Regno Unito a diverse organizzazioni internazionali e (all'epoca) all'Unione europea impose all'ordinamento giuridico inglese l'esigenza di adeguare la normativa interna al nuovo fenomeno corruttivo.

Sono state soprattutto le richieste provenienti dall'ambito internazionale ad indurre il Regno Unito ad introdurre il Bribery Act, in quanto esse hanno messo in luce l'esigenza di risposte coordinate ed omogenee alle pratiche corruttive considerato che la corruzione in un determinato Stato produce inevitabilmente effetti sull'economia, sulla concorrenza e sui mercati degli altri Stati nel nuovo mondo globalizzato.

Bibliografia

F. Albergo, *Strumenti del controllo e analisi del rischio nelle aziende sanitarie*, Cacucci, Bari, 2014.

A. Alessandri, *Il criterio di imputazione all'ente nei reati colposi*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, ESI, Napoli, 2012.

J. Alldrige, *Reforming Bribery: Law Commission Consultation Paper 185 (1) Bribery Reform and the Law Commission— Again*, in *The Criminal Law Review*, 2008.

G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2006.

G. Amarelli, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cassazione penale*, 2016.

W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, IV, London, 1765.

B.L. Boschetti, *Pathways of anti-corruption law in the global arena (Percorsi di legge anti-corruzione nell'arena globale)*, in *JusOnline*, 1, 2018.

A. Calvelli, C. Cannavale, *Competenze culturali e internazionalizzazione delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2013.

R. Cantone, *Percezione della corruzione e politiche anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 febbraio 2019.

C. Cantù, *Compendio della storia universale*, Vecchie edizioni, Milano, 1874.

A.M. Cavadini, G. Lucietto, *Risk management. Conoscenze e competenze in un unico processo*, Cacucci, Bari, 2014.

P. Cipolla, *Il d.lgs. n. 231 del 2001 nella prassi giurisprudenziale, a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Giurisprudenza di merito*, 6, 2011.

L. Conti, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Abbandonato il principio societas delinquere non potest?*, in Id. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Cedam, Padova, 2001.

S.M. Corso, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2015.

C. Corsonello, *Imputabilità delle persone giuridiche con riguardo particolare alle società commerciali*, in *Riv. pen.*, 1927.

G. Costa, P. Gubitta, *Organizzazione aziendale. Mercati, gerarchie e convenzioni*, Giuffrè, Milano, 2008.

P. Cravetto, *Impresa italiana che opera nel Regno Unito tra d. lgs. 231/01 e Bribery Act 2010*, in *BusinessJus. Il mondo del diritto cambia*, 2016.

S. Dal Grande, *Sicurezza informatica, le fatiche di chi la "evangelizza" in azienda*, in *agendadigitale.eu*, 12 novembre 2018.

G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Giuffrè, Milano, 2007.

C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002.

G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, Cedam, Padova, 2002.

G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012.

E. Epidendio, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti in rivista231.it*, 2015.

F. Esposito, *Sistemi per la sicurezza informatica aziendale, come costruire una strategia efficace*, in corriere.it, 25 gennaio 2017.

A. Falzea, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1981.

G.M. Flick, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*. Conferenza tenuta presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 17 gennaio 2001; G. Forti, *Prospettive attuali del diritto penale comunitario*, in D. Corapi (a cura di), *Saggi di diritto commerciale europeo*, ESI, Napoli, 1995.

C. Focarelli, *Criminalità transnazionale (repressione della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011.

C. Focarelli, *Diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2012.

G. Forti, *Il prezzo della tangente. La Corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 2012.

F. Fortunati, A. Ranzoni, *Check list. La certificazione della sicurezza. I sistemi di gestione secondo la norma BS OHSAS 18001*, Franco Angeli, Milano, 2010.

P. Galdieri, C. Giustozzi, M. Strano, *Sicurezza e privacy in azienda. Gli aspetti tecnici, psicologici e giuridici*, Apogeo, Milano, 2001.

R. Garofoli, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.

G. Gentile, *L'illecito colposo nell'ente collettivo: riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Giappichelli, Torino, 2009.

G. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2009.

F.B. Giunta, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*: incontro di studio organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Pisa (sez. di diritto penale) tenutosi a Pisa il 29 novembre 2001, Università degli Studi di Pisa, 2002.

M.J. Glennon, *The Dark Future of International Cybersecurity Regulation*, in *Journal of National Security of Law & Policy*, 6, 2014.

J. Gobert, *Corporate Criminal Liability - What is it? How does it work in the UK?*, in A. Fiorella, A.M. Stile (a cura di), *Corporate Criminal*

Liability and Compliance Programs - First Colloquium, Jovene, Napoli, 2012.

J. Gobert, M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, London University Press, London, 2003.

M. Goodyear, H.T. Goerdel, S. Portillo, L. Williams, *Cybersecurity Management in the States: The Emerging Role of Chief Information Security Officers*, in *Strengthening Cybersecurity Series*, 2010.

C.F. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004.

R. Guerrini, *Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2004.

P. Iezzi, R. Puglia, *AI CyberSecurity e AI-powered Cyber Attack*, Swa-scan, Milano, 2018.

N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Cacucci, Bari, 2009.

E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018.

M. Lavacchini, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese. Il Bribery Act del 2011 tra scelte di diritto sostanziale e discrezionalità applicativa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

U. Lecis, *L'Organismo di vigilanza e l'aggiornamento del Modello organizzativo*, in *Rivista – La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2006.

P. Lee, *Corporate Criminal Liability*, in *Col. Law. Review*, 1928.

L.H. Leigh, *The Criminal Liability of Corporations*, in AA.VV., *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1981.

F. Loffredo, *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica*, Milano, 2010.

E. Lorenzetto, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.

R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2005.

R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, Cedam, Padova, 2002.

F. Macrì, *La corruzione tra privati (art. 2365 c.c.): i recenti ritocchi della legge “Spazzacorrotti” (L. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell’esperienza comparatistica*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 1° aprile 2019.

S. Manacorda, *La Corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell’indagine penalistica*, ESI, Napoli, 1999.

v. Manes, *Servizi Pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo Statuto Penale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2010.

G. Marelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016.

V. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002.

G. Marinucci, "*Societas puniri potest*": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.

Y. Meny (a cura di), *La corruption dans la vie publique*, Demourge, Paris, 1997.

V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.

V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato nazione alla globalizzazione*, ESI, Napoli, 2012.

V. Mongillo, *Necessità e caso nell'allocazione della responsabilità da reato tra individui ed enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014.

G. Nicchia, *I meccanismi di monitoraggio istituiti dalle Convenzioni internazionali in tema di lotta alla corruzione*, in A. Del Vecchio, P.

Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2014.

E. O'Shea, *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol University Press, Bristol, 2011.

R. Paglia, P. Iezzi, F. D'Agostino, *Vulnerability assessment. Come ridurre dell'80% gli attacchi informatici*, Swascan, Milano, 2018.

C.E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere Giuridico*, 2001.

M. Panasiti, *Riparazione delle conseguenze del reato*, in M. Levis, A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, Bologna, 2014.

N. Parisi, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*. Relazione al "Secondo Incontro Nazionale con il responsabile della prevenzione della corruzione", Roma, 24 maggio 2016, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2-3, 2016.

D. Pelloso, *La responsabilità penale degli enti nel sistema giuridico inglese: ostacoli iniziali e responsabilità vicaria*, in *rivista231.it*, 2016.

R.M. Perkins, *Criminal Law*, Foundation Press, New York, 1969.

T. Persio Porzia, *Evoluzione della corruzione e primato del legislatore internazionale: aspetti problematici di una "avocazione" legislativa*, in *La Giustizia penale*, 4, 2017.

L. Picci, *Corruzione in Italia: ecco perché non costa 60 miliardi l'anno. Ma forse 100*, in *Il fatto quotidiano*, 1° aprile 2015.

P. Picone, *Diritto internazionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1994.

P. Picone, recensione al volume di J.L. Goldsmith, E.A. Posner, *The Limits of International Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007.

C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002.

P. Pistone, *Diritto tributario internazionale*, Giappichelli, Torino, 2017.

R. Razzante, *La nuova regolamentazione anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.

F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1967.

S. Riondato, *Prevenzione dei reati riconducibili alla politica dell'ente e personalità della responsabilità penale dell'ente (d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231)*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003.

M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Rivista delle società*, 2002.

G. Sacerdoti, *La cooperazione contro la corruzione nel commercio internazionale*, in *Impresa&Stato*, 29, marzo 1995.

M. Santini, *Cyber security in azienda, diffondere la cultura della sicurezza informatica: ecco perché*, in *cybersecurity360.it*, 20 novembre 2018.

S. Sasseen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008.

S. Seminara, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, in *Rivista di diritto penale e procedura penale*, 1993.

P. Severino, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*. Intervento alla "School of Government" della LUISS - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali - Guido Carli, Roma, 23 marzo 2016, in *Archivio penale*, 3, 2016.

A.P. Simister, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simister and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

J. Smith, *A Selection of Cases on Private Corporations*, 1, London, 1897.

J. Smith, H. Hogan, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

A. Spina, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politicocriminali*, in M. Catenacci, G. Marconi (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2009.

J.R. Spencer, *L'homicide involontaire et la responsabilité des personnes morales et de leurs dirigeants: le mouvement pour la réforme et droit anglais*, in AA.VV., *Mélanges offerts a Jean Pradel*, Paris, 2006.

C. Strazzeri, *La Responsabilità Amministrativa/Penale delle imprese, tra Italia e UK*, in *linkedin.com*, 22 aprile 2016.

R. Sullivan *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in L. Foffani, R. Acquaroli (a cura di), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Atti del convegno, Jesi, 12-13 aprile 2002, Giuffrè, Milano, 2003.

A. Traversi, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, III edizione, Cedam, Padova, 2017.

P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 2007.

G. Vassalli, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giustizia penale*, 1979.

S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Cedam, Padova, 1992.

M. Weber, *Economia e società*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1981.

C. Wells, *Corporate Criminal Liability in England and Wales*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest*. Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Penale Comparato dell'Università di Firenze 15-16 marzo 2002, Padova, Cedam, 2003.

E. Zaniboni, *Ordine internazionale e lotta alla corruzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014.