ANAC
Autorità Nazionale Anticorruzione

Corruzione internazionale e ordinamento giuridico italiano: la L. 231 e il profilo della responsabilità penale delle aziende private

Intervento letto durante la IV Conferenza Ministeriale anticorruzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), nel Panel:

"Prevenzione. Strutture per rafforzare e riconoscere la compliance anticorruzione"

Parigi – 15 marzo 2016

Il fenomeno della corruzione internazionale è sempre più presente nel mondo globalizzato dell'economia. E' importante reagirvi per due principali ragioni: la prima è che la corruzione altera il meccanismo degli incentivi della concorrenza sui mercati mondiali, e la formazione di un'adeguata e comune tutela giuridica è necessario per garantire la parità della concorrenza fra le imprese sui mercati mondiali; è inoltre necessario aiutare i Paesi in Via di Sviluppo nella loro crescita economica e sociale, perché la corruzione costituisce prima di tutto una forte distorsione dell'allocazione delle risorse, distogliendo soprattutto quelle che potrebbero essere destinate allo sviluppo.

La Convenzione dell'OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali combatte la corruzione internazionale imponendo agli Stati aderenti di considerare reato per le persone fisiche e giuridiche il fatto di corrompere funzionari stranieri per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale.

Le norme in esecuzione della Convenzione in Italia sono pienamente efficaci dal 4 luglio 2001. L'ordinamento italiano ha introdotto, dal punto di vista della corruzione delle persone fisiche, l'art. 322bis c.p. che punisce "peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri", applicando diverse fattispecie penali [art. 314 e 316 (peculato), da 317 a 320 (varie ipotesi di concussione e corruzione) e 322 (istigazione alla corruzione)] ai funzionari delle Comunità europee e dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio in Stati membri dell'Unione europea.

Ma la maggiore novità della esecuzione della Convenzione OCSE in Italia è l'obbligo di perseguire direttamente anche le persone giuridiche responsabili della corruzione. La responsabilità penale delle persone giuridiche, introdotta dal decreto legislativo n.231 del 2001, prevede che un ente (incluse le società di persone e di capitali) è responsabile per i reati di corruzione commessi nel suo interesse o vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione o controllo (anche di fatto), oppure da loro controllati e dipendenti. La norma riguarda non solo persone giuridiche di diritto italiano, ma anche enti, società e imprese aventi in Italia la loro sede principale, che rispondono anche in relazione al reato compiuto all'estero "purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto". L'impresa può evitare di essere sanzionata qualora l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, e sia stato affidato ad un organismo autonomo dell'ente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e questo vi abbia provveduto efficacemente.
La responsabilità dell'ente e la sua perseguibilità sono autonome rispetto a quella dell'imputato: possono quindi coesistere.
La legislazione italiana prevede anche la predisposizione di appropriati codici di comportamento quale guida dei modelli di organizzazione aziendale: è un mezzo di prevenzione della corruzione attraverso il coinvolgimento della società civile e delle associazioni di categoria.

Nei casi in cui sia accertata l'infrazione l'impresa è passibile di sanzioni pecuniarie amministrative e, nei casi più gravi, anche di sanzioni interdittive all'esercizio dell'attività, la sospensione o revoca di autorizzazioni, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti o contributi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La novità della norma non ha tuttavia giocato a favore della sua immediata applicazione pratica, che in Italia non ha avuto un gran successo. In riferimento ai procedimenti per corruzione internazionale iniziati in Italia a partire dall'entrata in vigore della Convenzione OCSE, fino al 31.12.2015, risultano 57 indagini iniziate durante l'intero periodo di riferimento; di queste, 18 procedimenti sono ancora in fase di indagine, 9 in fase processuale, 26 procedimenti sono conclusi con solo 1 condanna passato in giudicato ed 1 condanno non definitiva.

Tali dati dimostrano che, pur costituendo la corruzione internazionale la matrice storica dell'introduzione stessa della normativa italiana in materia di responsabilità da reato per le persone giuridiche, sino ad ora il D. Lgs. n.231/2001 ha ricevuto principalmente applicazione per illeciti dipendenti da reati di corruzione di persone fisiche, nella fattispecie pubblici ufficiali appartenenti all'ordinamento dello Stato italiano.

****

L'impianto delineato dal D. Lgs. n.231/2001 si muove in una logica sostanzialmente di repressione del fenomeno corruttivo. Tuttavia, un approccio basato solo su questo punto di vista è risultato nel tempo limitato e sostanzialmente insufficiente a combattere efficacemente la corruzione. Ad esso va accoppiato un approccio preventivo alla corruzione, ovvero mettere in opera meccanismi ed adottare misure che rendano più difficile corrompere ed essere corrotti. E' questa la logica della nuova legge 190 del 2012 e del d.lgs 90 del 2014 che l'ha emendata, i quali assoggettano alla normativa anticorruzione vigente le società controllate dallo Stato, gli enti di diritto privato controllati dalle amministrazioni centrali ed i soggetti di diritto privato sottoposti al controllo di regioni, province autonome e enti locali.

La ratio della legge è di estendere le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza, e i relativi strumenti di programmazione, a soggetti che, indipendentemente dalla natura giuridica, sono controllati dalle amministrazioni pubbliche, si avvalgono di risorse pubbliche, svolgono funzioni pubbliche o attività di pubblico interesse. Numerose disposizioni della legge n. 190 del 2012 e dei relativi decreti attuativi individuano gli enti di diritto privato partecipati da pubbliche amministrazioni o in controllo pubblico e gli enti pubblici economici quali destinatari di misure di prevenzione della corruzione e di promozione della trasparenza.

In sede interpretativa si è dovuto far fronte a difficoltà di non poco momento. L'ambito di applicazione della legge n. 190 del 2012 e quello del d.lgs. n. 231 del 2001 non coincidono; sussistono differenze significative, in particolare sulla tipologia dei reati da prevenire (D. Lgs. n.231 ha riguardo ai reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società, mentre la legge 190 è volta a prevenire anche reati commessi in danno della società) e sui fatti di corruzione (il 231 attiene alle fattispecie tipiche di concussione ed alla corruzione tra privati, mentre la legge n. 190 del 2012 fa riferimento, invece, ad un concetto più ampio di corruzione, in cui rilevano anche le situazioni di "cattiva amministrazione"). Nel valutare gli adeguamenti, la magistratura ed ANAC hanno tenuto conto della particolare struttura e della disciplina di riferimento dei soggetti che assumono veste giuridica privata e delle esigenze di tutela della riservatezza e delle attività economiche e commerciali da essi svolte in regime concorrenziale.

In tale prospettiva, il problema dell'applicabilità delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza alle società controllate, a quelle partecipate e agli altri enti di diritto privato in controllo pubblico nonché agli enti pubblici economici, ha indotto l'A.N.A.C. e il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) ad avviare una riflessione comune, con l'istituzione di indicazioni condivise sull'applicazione della normativa anticorruzione e della nuova disciplina in materia di trasparenza, ovvero le <Linee-guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici>. Tali Linee-guida muovono dal

presupposto fondamentale che le amministrazioni controllanti debbano assicurare l'adozione del modello di organizzazione e gestione previsto dal D.lgs. n. 231/2001 da parte delle società controllate. Oneri minori gravano sulle società a partecipazione pubblica non di controllo.

****

Dal punto di vista soggettivo le Linee-guida sono innanzitutto indirizzate alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, nonché agli enti pubblici economici, mentre l'applicazione delle Linee guida è sospesa per le società per azioni quotate in Borsa e per le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e le loro controllate, in ragione del loro particolare regime giuridico in materia di tutela degli investitori e del funzionamento delle regole del mercato concorrenziale. Resta ferma la circostanza che anche in queste società vi è un interesse pubblico alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza, che sarà sarà oggetto di futura normativa: un tavolo comune che l'A.N.AC. e il MEF hanno avviato con la CONSOB è al lavoro al riguardo.
Le Linee guida sono rivolte, inoltre, alle amministrazioni pubbliche che vigilano, partecipano e controllano gli enti di diritto privato e gli enti pubblici economici. Spetta in primo luogo a dette amministrazioni promuovere l'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza da parte di tali enti, in ragione dei poteri che le amministrazioni esercitano nei confronti degli stessi ovvero del legame organizzativo, funzionale o finanziario che li correla.

Le norme si applicano ad un insieme di società ed enti particolarmente vasto ed eterogeneo: al 31 dicembre 2012 le amministrazioni centrali partecipano, direttamente o in via indiretta, in 423 enti a cui si aggiungono i 17 partecipati dagli enti previdenziali. Le amministrazioni locali hanno dichiarato di detenere, direttamente o in via indiretta, 35.311 partecipazioni che insistono su 7.726 enti.

Per definire l'ambito soggettivo occorre tenere distinte le società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni pubbliche, individuate ai sensi dell'art. 2359, co. 1, numeri 1 e 2, del codice civile, e quelle a partecipazione pubblica non maggioritaria, in cui, cioè, la partecipazione pubblica non è idonea a determinare una situazione di controllo. Sono da ritenere soggetti alla normativa anticorruzione anche gli enti pubblici economici che, ancorché svolgono attività di impresa, perseguono finalità pubbliche. Gli enti pubblici economici, d'altra parte, sono da subito stati inclusi dal Piano Nazionale Anticorruzione tra i soggetti cui applicare le disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza della legge n. 190 del 2012.

Sono tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione anche gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico diversi dalle società, con particolare riguardo agli enti costituiti in forma di "fondazione" o di "associazione",

ovvero enti che hanno natura privatistica, non necessariamente con personalità giuridica, rispetto ai quali sono riconosciuti in capo alle amministrazioni pubbliche poteri di controllo che complessivamente consentono di esercitare un potere di ingerenza sull'attività con carattere di continuità, ovvero un'influenza dominante sulle decisioni dell'ente. ANAC ha elaborato alcuni indici di controllo per identificare tali enti, fra i quali i principali sono il rapporto tra amministrazione ed ente e le attività concretamente realizzate.

****

Dal punto di vista oggettivo le società di diritto pubblico partecipate in maggioranza e controllate si devono quindi:

1. *dotare di misure di prevenzione della corruzione* tese a mitigare i rischi di insorgere di fenomeni corruttivi e di cattiva amministrazione. Devono in primo luogo individuare e gestire i rischi di corruzione, effettuando un'analisi del contesto e della realtà organizzativa per individuare in quali aree o settori di attività e secondo quali modalità si potrebbero astrattamente verificare fatti corruttivi. Tra le attività esposte al rischio di corruzione vanno considerate in prima istanza autorizzazioni e concessioni, appalti e contratti, sovvenzioni e finanziamenti, selezione e gestione del personale, cui si aggiungono ulteriori aree individuate da ciascuna società in base alle proprie caratteristiche organizzative e funzionali. Fra queste, a titolo esemplificativo, possono rientrare l'area dei controlli, l'area economico finanziaria, l'area delle relazioni esterne e le aree in cui vengono gestiti i rapporti fra amministratori pubblici e soggetti privati. L'analisi, finalizzata a una corretta programmazione delle misure preventive, deve condurre a una rappresentazione, il più possibile completa, di come i fatti di cattiva amministrazione e le fattispecie di reato possono essere contrastate nel contesto operativo interno ed esterno dell'ente. Ne consegue che si dovrà riportare una «mappa» delle aree a rischio e dei connessi reati di corruzione nonché l'individuazione delle misure di prevenzione.
2. *dotarsi di un sistema di controlli delle misure adottate*, e di introdurre nuovi principi e strutture di controllo quando l'ente risulti sprovvisto di un sistema atto a prevenire i rischi di corruzione. Devono nominare un responsabile per la prevenzione della corruzione, che elabora la proposta di Piano Triennale per la prevenzione della corruzione per l'ente, ne programma le attività di aggiornamento e formazione del personale, verifica l'efficace attuazione del Piano e ne propone la modifica quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni o quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'Amministrazione, verifica l'effettiva rotazione degli incarichi ed il livello di attuazione del Codice di comportamento. In ogni caso, è quanto mai opportuno, anche in una logica di semplificazione, che sia assicurato il coordinamento tra le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione e quelle degli altri organismi di controllo, con

particolare riguardo al flusso di informazioni a supporto delle attività svolte dal Responsabile.

3. *prevedere un Codice di comportamento dei dipendenti e* adottare un "Programma triennale per la trasparenza e l'integrità" in cui sono individuate le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi delle informazioni da pubblicare, prevedendo anche uno specifico sistema delle responsabilità; prevedere specifiche norme sull'i*nconferibilità e incompatibilità specifiche per gli incarichi di amministratore e per gli incarichi dirigenziali, e attività di formazione, definendo* contenuti, i destinatari e le modalità di erogazione della formazione in materia di prevenzione della corruzione.
4. *istituire un sistema che incoraggi* il dipendente a denunciare gli illeciti di cui viene a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro, avendo cura di garantire la riservatezza dell'identità del segnalante dalla ricezione e in ogni contatto successivo alla segnalazione. A questo fine è utile assicurare la trasparenza del procedimento di segnalazione, definendo e rendendo noto l'*iter*, con l'indicazione di termini certi per l'avvio e la conclusione dell'istruttoria e con l'individuazione dei soggetti che gestiscono le segnalazioni.
5. *imprimere accelerazione alla rotazione nelle mansioni.* Uno dei principali fattori di rischio di corruzione è costituito dalla circostanza che uno stesso soggetto possa sfruttare un potere o una conoscenza nella gestione di processi caratterizzati da discrezionalità e da relazioni intrattenute con gli utenti per ottenere vantaggi illeciti. Al fine di ridurre tale rischio è auspicabile che questa misura sia attuata anche all'interno delle società, compatibilmente con le esigenze organizzative d'impresa. Essa implica una più elevata frequenza del *turnover* di quelle figure preposte alla gestione di processi più esposti al rischio di corruzione. La rotazione non deve comunque tradursi nella sottrazione di competenze professionali specialistiche ad uffici cui sono affidate attività ad elevato contenuto tecnico. Altra misura efficace, in combinazione o alternativa alla rotazione, potrebbe essere quella della distinzione delle competenze (cd. "segregazione delle funzioni") che attribuisce a soggetti diversi i compiti di: a) svolgere istruttorie e accertamenti; b) adottare decisioni; c) attuare le decisioni prese; d) effettuare verifiche.
6. Dotarsi di *misure di trasparenza* dell'attività previste sia dall'art. 1 della l.190 del 2012, sia dal capo II del D. Lgs. n.33 del 2013.

   I documenti oggetto di obbligo di pubblicazione, e la cui pubblicazione sia stata omessa, devono poter essere richiesti ed ottenuti da chiunque (accesso civico). La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione

   Ogni amministrazione deve adottare un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che definisce le misure, i modi e le iniziative volti all'attuazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, ivi comprese le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi informativi. Ogni amministrazione deve poi nominare un Responsabile per la Trasparenza, che vigila sull'applicazione del programma triennale.

****

Sempre dal punto di vista soggettivo sono invece soggette a misure anticorruzione meno pregnanti le società a partecipazione pubblica non di controllo e a partecipazione pubblica non maggioritaria, ossia quelle in cui le amministrazioni detengono una partecipazione non idonea a determinare una situazione di controllo. In considerazione delle finalità istituzionali perseguite da questi enti non viene meno l'interesse generale alla prevenzione della corruzione. Poiché, però, tali enti non sono considerati in controllo pubblico essi non sono tenuti ad adottare le misure previste dalla l. n. 190/2012 né a nominare un Responsabile della prevenzione della corruzione, rimanendo in ogni caso libere di farlo.
E' comunque opportuno che il modello organizzativo predetto sia integrato con misure di prevenzione relative a organizzazione e gestione idonee a prevenire ulteriori fatti corruttivi in danno alla società e alla pubblica amministrazione, nel rispetto dei principi contemplati dalla normativa in materia di prevenzione della corruzione. Resta ferma la possibilità, anche su indicazione delle amministrazioni partecipanti, di programmare misure organizzative ai fini di prevenzione della corruzione sul modello della L.190 del 2012.

Resta compito delle pubbliche amministrazioni partecipanti promuovere, in special modo nel caso in cui esse corrispondano all'ente forme di finanziamento, l'adozione di protocolli di legalità che disciplinino specifici obblighi di prevenzione della corruzione e di trasparenza, diversamente calibrati e specificati in base alla tipologia di poteri, di vigilanza, di finanziamento o di nomina, che l'amministrazione esercita. In questi casi i protocolli di legalità devono disciplinare, ad esempio, gli obblighi di trasparenza e di informazione sull'uso delle risorse pubbliche da parte dei beneficiari. Nel caso di esercizio di soli poteri di vigilanza, occorre che nei protocolli siano indicate le modalità per rendere tale attività efficace e trasparente, assicurandone la conoscibilità degli esiti.
E' anche compito delle amministrazioni che a vario titolo vi partecipano, promuovere, da parte di questi soggetti, l'adozione di modelli come quello previsto nel D.lgs. n. 231 del 2001, laddove ciò sia compatibile con la dimensione organizzativa degli stessi.

Riguardo alla normativa sulla trasparenza, la legge n. 190 del 2012 e il d.lgs. n. 33 del 2013 prevedono obblighi di pubblicazione ridotti per le società in questione, e l'intera normativa sulla trasparenza deve essere rispettata solo in quanto «attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea». Esse sono poi tenute a rispettare le norme sulla incompatibilità previste nel medesimo decreto ed, in particolare, dagli articoli 9 e 10.
Le società partecipate sono sottoposte, per quanto concerne la pubblicazione dei dati sull'organizzazione, unicamente agli obblighi di pubblicità di cui agli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 33/2013. Inoltre le società partecipate non sono tenute a nominare il Responsabile della trasparenza né ad adottare il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità ma possono comunque provvedere in tal senso. E' auspicabile, in ogni caso, che le società

rendano noto, ai fini dell'*accountability*, come intendono realizzare la pubblicazione dei dati e i soggetti interni coinvolti.

Poiché le società devono pubblicare i dati e le informazioni sopra elencati, l'Autorità ritiene che per questi dati e informazioni sia applicabile la normativa sull'accesso civico (art. 5, d.lgs. n. 33 del 2013). È opportuno, in aggiunta, che le società prevedano, al proprio interno, una funzione di controllo e di monitoraggio degli obblighi di pubblicazione, anche al fine di attestare l'assolvimento degli stessi. Questa funzione è affidata preferibilmente all'Organismo di vigilanza, ferme restando le scelte organizzative interne ritenute più idonee, tenuto conto dell'esigenza di limitare gli oneri organizzativi e di semplificare e valorizzare i sistemi di controllo già esistenti.
Analogamente a quanto indicato per le società controllate, qualora le società a partecipazione pubblica non di controllo non dispongano di un sito internet in cui costituire la sezione "Società trasparente", sarà cura delle amministrazioni partecipanti rendere disponibile una sezione del proprio sito in cui le società partecipate possano predisporre la pubblicazione dei dati.

Anche gli enti denominati dalla delibera "altri enti di diritto privato partecipati [1]", ovvero quelli le cui decisioni e la cui attività non risultano soggette al controllo dell'amministrazione, sono rilevanti ai fini della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza in quanto comunque partecipati da amministrazioni. Detti enti, pur avendo natura di diritto privato, si possono configurare quali strutture organizzative di rilievo pubblico, in quanto deputate a svolgere attività amministrative ovvero attività di interesse generale. Nonostante l'autonomia statutaria e gestionale loro riconosciuta, all'amministrazione sono attribuiti poteri di vigilanza in ragione della natura pubblica dell'attività svolta. Detti poteri possono sostanziarsi, ad esempio, nell'approvazione da parte dell'amministrazione degli atti fondamentali, nella formulazione di rilievi sui bilanci, nei compiti di verifica dell'effettiva tutela dei beneficiari secondo le forme individuate negli statuti.

Tali enti non sono destinatari diretti delle disposizioni contenute nell'art. 11, co. 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, le amministrazioni partecipanti sono tenute a promuovere, all'interno dei protocolli di legalità di cui al precedente paragrafo, l'applicazione anche da parte di tali enti degli obblighi di trasparenza individuati per le società a partecipazione pubblica non di controllo.

[1] Nella categoria degli enti di diritto privato solo partecipati da pubbliche amministrazioni rientrano, anche sulla base della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, le fondazioni bancarie, le casse di previdenza dei liberi professionisti, le associazioni e le fondazioni derivanti dalla trasformazione per legge di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficienza