

LA LOTTA ALLA CORRUZIONE NEL SISTEMA PENALE INGLESE

Il Bribery Act del 2011 tra scelte di diritto sostanziale e discrezionalità applicativa

di Marta Lavacchini

Abstract. *Il sistema penale inglese, con l'entrata in vigore del Bribery Act ha profondamente innovato la disciplina dei reati di corruzione. Nel presente lavoro si analizzeranno, pertanto, le novità introdotte dalla riforma in considerazione del precedente impianto normativo e giurisprudenziale e si esaminerà in particolare l'influenza dei profili processuali sulla formulazione e sull'applicazione della fattispecie sostanziale.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le scelte di fondo alla base del *Bribery Act*. – 3. Il contesto internazionale. I rapporti del GRECO. – 4. La previgente disciplina inglese in tema di corruzione. – 5. L'iter della riforma. – 6. L'impianto complessivo *Bribery Act*. – 6.1. La scelta della configurazione di un modello unitario di tutela. – 6.2. Le nuove fattispecie introdotte nel 2010. – 6.3. Gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici introdotte dal *Bribery Act*. – 6.3.1. Le fattispecie di corruzione attiva e passiva. – 6.3.1.1. Funzioni e attività rilevanti. – 6.3.1.2. *Improper performance*. – 6.3.2. *Failure of commercial organisation to prevent bribery*. – 6.3.3. La corruzione del pubblico ufficiale straniero. – 7. Cenni sui recenti sviluppi giurisprudenziali in materia. – 8. L'influenza del *selective enforcement* nella formulazione e nell'applicazione della norma penale: il caso del *Bribery Act*. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'entrata in vigore del *Bribery Act* nel 2011 ha segnato, per il diritto penale inglese¹, una svolta decisiva nel sistema di contrasto al fenomeno della corruzione. Prima di tale riforma, infatti, non esisteva una disciplina organica della materia, ma una stratificazione di diverse disposizioni normative che regolavano, peraltro in maniera non sempre omogenea, singoli aspetti del fenomeno.

L'ordinamento penale inglese ha così affrontato e dato soluzione a una serie di problematiche che, al contrario, nel sistema italiano non hanno trovato ancora

¹ Come è noto, nel Regno Unito convivono diversi ordinamenti penali. Solitamente la legislazione inglese ha vigore anche nel Galles: nel caso del *Bribery Act*, invece, per espressa disposizione, la si estende a tutto il Regno Unito comprensivo di Irlanda del Nord e Scozia. Il Parlamento scozzese ha, infatti, emanato una mozione ufficiale di consenso nel febbraio del 2010.

completa sistemazione. Nonostante l'approvazione della legge 6 novembre 2012, n. 190, il legislatore italiano ha perso –come da più parti è stato sottolineato² -l'occasione per affrontare con decisione alcuni nodi di politica criminale e per riformare in maniera risolutiva alcune fattispecie; si pensi, ad esempio al discusso reato di corruzione tra privati³.

Come si vedrà, il *Bribery Act* presenta, sul piano delle scelte effettuate e del modello di tutela proposto, interessanti soluzioni. In proposito, 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.

L'obiettivo della presente trattazione non è dunque quello di analizzare il dettaglio della lettera della legge, ma di fornire qualche spunto di riflessione sul tema partendo da alcune disposizioni normative che dimostrino, appunto, l'influenza del meccanismo della discrezionalità dell'azione penale. Per farlo, si prenderanno in considerazione oltre alle scelte di fondo che hanno portato all'emanazione del *Bribery Act* tanto sul piano del diritto interno che del contesto internazionale, il modello di tutela adottato dalle fattispecie incriminatrici.

2. Le scelte di fondo alla base del *Bribery Act*.

Il *Bribery Act* è stato definito da parte della dottrina inglese come “una misura radicale”⁴. La legge ha, infatti, abrogato tutta la normativa previgente composta da norme di *common law* e da *statutes* che si erano sovrapposti nel corso dei secoli.

Dato il carattere profondamente innovativo della nuova disciplina, è opportuno precisare quali possano essere state le ragioni di diritto interno – se ve ne sono – e di

² Per tutti: DOLCINI-VIGANÒ, [Sulla Riforma in cantiere dei delitti di corruzione \(Versione aggiornata alla luce dell'emendamento governativo presentato il 17 aprile 2012 alla Camera dei Deputati\)](#), in questa Rivista, 27 aprile 2012.

³ BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in Archivio Penale, fasc. 1, 2013; CINGARI, [La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim. n. 1, 2012, 79; DOLCINI-VIGANÒ, op. cit., 2012; GAMBARDILLA, *Dall'atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione "impropria"*, in Archivio Penale, fasc. 1, 2013; MANNA, la scissione della concussione in due fattispecie distinte nell'ambito di un quadro d'assieme, in Archivio Penale, fasc. 1, 2013; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; PALAZZO, [Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda](#), in Dir. pen. cont. – Riv. trim. n. 1, 2012; RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in Archivio Penale, fasc. 1, 2013.

⁴ O' SHEA, *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol, 2011, p. 1.

diritto internazionale che hanno condotto all'adozione del *Bribery Act* nel 2010 (entrato in vigore nel 2011).

I dati di *Transparency International (TI)*⁵ del 2010 posizionavano il Regno Unito al ventesimo posto della classifica di 178 Paesi quanto al livello di corruzione percepita. Il Regno Unito non rientrava, pertanto, nei Paesi con alto tasso di corruzione percepita. E' interessante notare che a tre anni dall'adozione del *Bribery Act* il livello di corruzione percepita è sceso ancora, collocando il Regno Unito al quattordicesimo posto nella classifica di *TI* su 175 Paesi considerati. Non pare agevole, dunque, sostenere che le motivazioni prioritarie della riforma risiedessero nell'inadeguatezza della normativa anti-corruzione.

Tali motivazioni vanno piuttosto cercate nella partecipazione del Regno Unito allo sforzo di armonizzazione promosso da varie istituzioni e organizzazioni internazionali. E' la partecipazione del Regno Unito alle organizzazioni internazionali e all'Unione Europea ad aver posto, dunque, all'ordine del giorno l'esigenza di creare un *sistema* di norme di lotta alla corruzione che desse risposte globali al fenomeno in esame. Le richieste che negli anni sono state formulate dalle istituzioni sovranazionali sono state proprio nel senso di uniformare la disciplina in materia prendendo atto che la corruzione presente in un Paese ha grandi riflessi sulle politiche degli altri, in particolare all'interno dell'ordinamento europeo. Si pensi alle norme in materia di corruzione del pubblico ufficiale straniero.

3. Il contesto internazionale. I rapporti del GRECO.

L'attenzione internazionale ed europea alla lotta contro la corruzione, come è noto, è cresciuta negli ultimi decenni in modo assai significativo⁶. Gli Stati si sono trovati a dover fronteggiare un fenomeno criminale così diffuso da essere in grado di distorcere "la concorrenza e arrecare gravi pregiudizi alla credibilità delle istituzioni pubbliche, interne e internazionali"⁷. L'esigenza di far convergere le varie politiche di lotta alla corruzione si è sviluppata in concomitanza con l'emergere di una pluralità di

⁵ La [classifica di Transparency International](#) fa riferimento sotto questo profilo al Regno Unito comprensivo pertanto di Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord.

⁶ BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in [www.astridonline.it](#), 2010, fasc. 16; D'AMBROSIO, *Contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione: il profilo penale*, in [www.astridonline.it](#), 2010, fasc. 15; DAVIGO-MAZZOTTA, *La corruzione in Italia*, Roma, 2007; DAVIGO, "Mani Pulite", *che cos'è cambiato?*, in *Critica penale*, dicembre 2010 fascicolo IV, 247; DAVIGO, *La Giubba del Re*, Roma-Bari, 2004; DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007; DELLA PORTA-VANNUCCI, *Un Paese anormale. Come la classe politica ha perso l'occasione di mani pulite*, Roma, 1999; RAINONE, *L'indice di percezione della corruzione: i fattori di influenza e i relativi nessi con i sistemi giuridici di riferimento. Alcuni ordinamenti di civil law a confronto*, in *Funzione Pubbl.*, 2010, fasc.2, 61; SPENA, *Il "turpe mercato". Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 2003; VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in [www.astridonline.it](#), 2010, fasc. 14.

⁷ ARMONE, *La Corruzione nel settore privato*, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, ARMONE ET AL., Milano, 2006, p. 268.

fattori, tra i quali lo scambio accelerato di beni e servizi e dei relativi contatti transfrontalieri determinati dalla globalizzazione, nonché le condizioni politiche che hanno migliorato la collaborazione tra gli Stati (come ad esempio l'adozione in ambito europeo della moneta unica).

A fronte di tale quadro, sono stati adottati vari documenti di carattere regionale europeo e internazionale relativamente ai quali è opportuno qui fare cenno.

Per quanto riguarda l'ambito dell'Unione Europea, occorre segnalare che nella fase antecedente all'approvazione del Trattato di Amsterdam, si riconosceva rilevanza alla protezione di interessi finanziari propri delle istituzioni europee, a tutela cioè di frodi ai danni della Comunità. Poi, con la prima Convenzione in materia di corruzione del 27 settembre 1996, c.d. PIF⁸, si ricomprendero non solo gli atti di frode, ma anche quelli di corruzione che vedevano coinvolti funzionari comunitari o nazionali preposti alla gestione di fondi comunitari.

Successivamente, la tutela è stata estesa anche ad atti (di corruzione) non direttamente incidenti sugli interessi finanziari della Comunità che coinvolgevano funzionari comunitari o nazionali, grazie all'approvazione della Convenzione del 26 maggio 1997⁹.

Con l'approvazione del Trattato di Amsterdam e l'impiego di più penetranti strumenti di coordinamento normativo tra Stati, come le decisioni-quadro – direttamente vincolanti anche se solo riguardo al risultato – due metodi hanno caratterizzato la lotta alla corruzione: il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, come nel caso della decisione-quadro sul mandato d'arresto e sul congelamento dei beni, e l'armonizzazione di alcuni aspetti della disciplina sostanziale.

L'adozione del Trattato di Lisbona nel 2007 apre ulteriori scenari in campo penale. Se, come è noto, non esiste ancora una vera e propria potestà punitiva in campo penale da parte dell'Unione Europea, l'art. 83 del TFUE stabilisce una competenza penale della UE stessa. Tale norma indica, infatti, che il Parlamento europeo e il Consiglio possano stabilire *“norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale”* attraverso il meccanismo delle direttive. Tra tali reati viene ricompreso quello di corruzione.

Nell'ambito delle iniziative del Consiglio d'Europa, di grande interesse è il lavoro svolto dal GRECO, *Group of States against corruption*, gruppo creato in seno al Consiglio d'Europa stesso. Il GRECO, a cui aderiscono 47 Stati¹⁰, ha fondamentalmente due compiti: quello di monitorare il livello di conformità delle politiche degli Stati membri agli standard anticorruzione del Consiglio d'Europa, e quello di suggerire riforme legislative dopo aver individuato eventuali carenze nei sistemi normativi vigenti nei vari Paesi. Questo avviene attraverso meccanismi di pressione reciproca tra

⁸ Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 300/2000.

⁹ Anche tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge 300/2000.

¹⁰ Ai quali si aggiungono come osservatori gli Stati Uniti, il Canada, Israele, il Giappone, il Messico e la Santa Sede, cfr. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp. Anche l'ONU e l'OCSE partecipano al GRECO come osservatori.

gli Stati (*peer pressure*) e meccanismi di valutazione (*peer reviews*). Le procedure di controllo funzionano attraverso continue valutazioni e “*follow-up* per verificare le politiche e il quadro normativo dei singoli Stati ed individuare eventuali lacune”¹¹.

In questo contesto, il Regno Unito è stato sottoposto al quarto Ciclo di Valutazione nel 2013 avente ad oggetto il tema dei codici di condotta e del conflitto di interessi. La valutazione del GRECO evidenzia come siano stati fatti notevoli passi in avanti in tal senso. Di notevole interesse, ai nostri fini, è il Terzo ciclo di valutazione del 2007¹² concernente l’assetto della normativa penale. La valutazione del GRECO faceva riferimento alla normativa previgente, successivamente sostituita dall’entrata in vigore del *Bribery Act*. In ogni caso, si può notare come il Regno Unito abbia dato seguito alle raccomandazioni formulate in tale sede, tanto che i profili problematici messi in luce sono stati successivamente ridiscussi e approfonditi dagli studi della *Law Commission* (LC) alla quale si deve l’impulso che ha dato vita alla riforma del 2010, in termini di maggiore chiarezza, organicità e coerenza¹³.

Volgendo lo sguardo ad un più ampio orizzonte internazionale è da citare, in primo luogo, la Convenzione OCSE del 21 novembre 1997. Questa, trattando del tema della corruzione dei pubblici ufficiali stranieri, ha determinato l’inserimento dell’art. 322 *bis* nel nostro codice penale.

La seconda Convenzione alla quale fare riferimento, in ordine cronologico, è la Convenzione di Palermo approvata dall’ONU nel 2000 che inquadra il fenomeno corruttivo nel contesto del crimine organizzato transnazionale.¹⁴ La corruzione, infatti, è stata ricompresa nell’elenco di reati a cui la Convenzione si applica quando coinvolga un “gruppo organizzato” che abbia i caratteri della “transnazionalità”, e quindi che risulti commesso “in più di uno Stato” oppure in uno solo, ma veda “una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione e controllo avvenire in un altro Stato”¹⁵.

Sempre in ambito internazionale, va ovviamente ricordata la Convenzione di Merida adottata anch’essa dall’Assemblea Generale dell’ONU il 31 ottobre 2003. La Convenzione, nei suoi capitoli più significativi, si occupa della cooperazione internazionale, del recupero dei beni oggetto del *pactum sceleris*, fornendo così agli Stati una serie di strumenti volti a garantire la trasparenza dei trasferimenti di denaro da e verso Paesi stranieri¹⁶.

¹¹ BONFIGLI, *L’Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in www.astridonline.it, 2010, fasc. 16, p. 5.

¹² Il rapporto di valutazione è rinvenibile [online](#).

¹³ La LC nel Report 313, par. 2.23 ss., individuava tre profili problematici: frammentazione, imperfetta distinzione tra settore pubblico e privato, ed incoerenza e incertezza nello scopo e nella terminologia utilizzata dalle varie fonti, elementi che verranno esaminati nel corso della presente trattazione (vd. *infra*).

¹⁴ ARMONE, op. cit., p. 270.

¹⁵ ZANETTI, *La responsabilità degli enti nella Convenzione di Palermo*, in *Pubblica Amministrazione, Diritto Penale e Criminalità organizzata*, Pubblicazione Atti del Convegno, a cura di Parano, Milano, 2008, p. 43.

¹⁶ KILDANI (analisi di), *La legge italiana di ratifica della convenzione di Merida contro la corruzione (1.3 agosto 2009 n.116)*, in *Legislazione Pen.*, 2010, fasc. 2, p. 120.

4. La previgente disciplina inglese in tema di corruzione.

Prima di procedere all'analisi della recente riforma e successivamente alle tematiche del suo *enforcement*, con i connessi profili di discrezionalità, è opportuno fare riferimento alla disciplina previgente. In proposito occorre subito segnalare come la stessa si articolasse in modo alquanto confuso tra *common law* e *statutes*. La critica di tale assetto aggrovigliato delle fonti è tratto costante delle considerazioni svolte dalla *Law Commission* nei suoi vari rapporti che hanno preceduto la riforma.

Bisogna fin da subito chiarire che la normativa anteriore all'entrata in vigore del *Bribery Act* è stata interamente abrogata dalla nuova legge, così sancendo una decisiva svolta per l'assetto delle fonti in materia di corruzione.

Come si è brevemente accennato, la prima e fondamentale definizione del reato di corruzione deriva dal *common law*. Blackstone, che come è noto scrive nella seconda metà del XVIII secolo, inserisce il reato di "*bribery*" all'interno del sistema dei reati contro la giustizia (*Offences against Public Justice*), definendolo come la condotta del giudice, o di un'altra persona nell'ambito dell'amministrazione della giustizia che, nell'esercizio del suo ufficio, riceva una ricompensa indebita al fine di tenere un determinato comportamento¹⁷. La definizione del reato di *bribery* viene successivamente ampliata, anche grazie all'apporto della legislazione positiva, sotto un duplice profilo. In primo luogo, si riconoscono quali soggetti attivi del reato tutti i pubblici ufficiali¹⁸ e non più soltanto il giudice nell'esercizio delle sue funzioni; in secondo luogo, assume rilevanza penale anche la condotta passiva¹⁹ del reato. Il reato di corruzione consiste pertanto nel pagamento o nella ricezione di un prezzo privato per l'esercizio di un'attività pubblica²⁰.

Va poi segnalato che, in materia di corruzione, il *common law* prevede un secondo strumento di contrasto, costituito dal reato denominato "*misconduct in public office*". Tale reato non è stato peraltro abrogato dalla riforma del 2010 e rimane, pertanto, in vigore. La fattispecie di *misconduct in public office* consiste nella condotta, definita come "scorretta", posta in essere da un pubblico ufficiale nell'esercizio dei doveri del suo ufficio o nell'esercizio abusivo degli stessi. È importante notare come i due menzionati reati di *common law*, "*bribery*" e "*misconduct in public office*", potessero concorrere, ad esempio, nell'ipotesi in cui un pubblico ufficiale ricevesse una tangente e, successivamente, ponesse effettivamente in essere l'atto per cui era stato pagato. In

¹⁷ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, 1765-1769. Letteralmente: "*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 stata 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*", in *Russel on crime* (12th ed 1964) p. 364 ed è rinvenibile in O' SHEA, op. cit., p. 8.

¹⁸ Cfr. PERKINS' *Criminal Law*, New York, 1969, p. 468 ss.

¹⁹ Lo stesso Blackstone già riconosceva la rilevanza delle due condotte attiva e passiva nell'esclusivo ambito però dell'attività giudiziaria.

²⁰ Cfr. PERKINS, op. cit., p. 469: "*Bribery is the corrupt payment or receipt of a private price for official action*".

questo caso, si sosteneva, il funzionario avrebbe risposto sia di *bribery* (per aver accettato indebitamente l'utilità) che di *misconduct* (per aver agito in modo scorretto nell'esercizio del proprio ufficio). Ovviamente, la possibilità di un concorso tra i due reati non escludeva che ciascuno di essi potesse essere utilizzato in maniera del tutto indipendente²¹.

Venendo adesso alle fonti di diritto positivo parlamentare, vigenti in materia di contrasto alla corruzione prima della novella del 2010, occorre menzionare: a) *The Public Bodies Corrupt Practices Act 1889*; b) *The Prevention of Corruption Act 1906*; c) *The Prevention of Corruption Act 1916*; e infine, d) *The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*²².

Il primo – oggi abrogato – disciplinava la condotta di colui che donava o forniva una ricompensa ad un funzionario o impiegato di un ente pubblico, oppure riceveva tali vantaggi, per influenzarlo nell'adozione di un atto del proprio ufficio, atto che poteva essere realizzato tramite una condotta commissiva od omissiva. Il reato, che doveva essere applicato con riferimento al solo settore pubblico, non ha avuto un grande riscontro dal punto di vista dell'applicazione giurisprudenziale.

Il secondo *statute*, *The Prevention of Corruption Act 1906*, fu il primo a disciplinare anche la corruzione nel settore privato: il modello di tutela "unitario" confermato nel *Bribery Act* iniziò così a delinearsi. Il disvalore del reato consisteva nella condotta commissiva od omissiva posta in essere da un *agent* in relazione al datore di lavoro; il centro della punizione di tale condotta aveva come perno la relazione di fiducia tra datore di lavoro e dipendente. L'interesse per la predisposizione, non solo di una disciplina in tema di corruzione pubblica, ma anche di corruzione privata, rappresenta una peculiarità del sistema inglese che comporta la configurazione di una fattispecie sostanziale dai confini molto ampi.

Con la successiva legge del 1916, invece, si estese la nozione fornita dalla legge del 1889, inserendo quella che veniva chiamata '*presumption of corruption*' per cui "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"²³. Tale presunzione aveva sollevato, evidentemente, dubbi di legittimità rispetto all'art. 6 CEDU.

L'*Anti-Terrorism Crime and Security Act* del 2001 si preoccupò di estendere, infine, l'applicazione territoriale in materia di corruzione. Infatti, la giurisdizione domestica venne ampliata fino a ricomprendere i fatti corruttivi commessi all'estero da cittadini inglesi o da persone giuridiche costituite nel Regno Unito. La giurisdizione, però, non si applicava ai cittadini stranieri che avessero commesso il reato all'estero, anche se domiciliati o residenti in Inghilterra o in Galles. Il parere della LC in proposito

²¹ Per ulteriori approfondimenti sulle discipline previste dal *common law*, si veda PERKINS, op. cit., p. 482.

²² Il testo di tali leggi è reperibile in <http://www.legislation.gov.uk/>.

²³ SULLIVAN *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma: atti del convegno, Jesi, 12-13 aprile 2002*, a cura di ACQUAROLI-FOFFANI, Milano, 2003, p. 161.

era nel senso di una “irragionevole differenziazione” delle condotte penalmente rilevanti. Sul punto tornerà, infatti, il *Bribery Act*.

5. L'iter della riforma.

La disciplina sommariamente riassunta presentava, per opinione diffusa, una particolare complessità, oggetto di costanti e crescenti critiche che ne sottolineavano tanto le difficoltà interpretative quanto la sostanziale inefficacia operativa. Dagli anni '70 in poi seguirono diversi tentativi di riforma che non si tradussero mai in una novella organica della materia, rimanendo, al contrario, incompiuti.

La stessa *Law Commission* diede avvio, alla fine degli anni '90, ad un corposo studio in materia, poi scaturito nel rapporto denominato *Legislating the Criminal Code: Corruption*²⁴. Un documento che trasse spunto anche dalla citata Convenzione OCSE del 1997. Il Parlamento, però, non esaminò il 'draft Bill' trasmesso al Governo poiché questo ritenne che la proposta non avrebbe comunque avuto seguito in tale sede²⁵. Così, si dette avvio a una nuova fase nella quale la *Law Commission* produsse altri due report: nel 2007 e successivamente nel 2008, il '*Law Commission Final Report*'. Il bill passò all'esame della *House of Lords* e della *House of Commons*, per ricevere il '*Royal Assent*' e diventare '*Act of Parliament*' l'8 aprile 2010. Nel luglio del 2011 la legge è, infine, entrata in vigore.²⁶

Stando al rapporto della *Law Commission*, il diritto previgente presentava tre fondamentali profili problematici²⁷: frammentazione, imperfetta distinzione tra settore pubblico e privato, e incoerenza e incertezza nello scopo e nella terminologia utilizzata.

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

²⁴ *Legislating the Criminal Code. Corruption*, Law Com. No. 248 (1998).

²⁵ O' SHEA, op. cit., p. 18.

²⁶ Cfr. ALEXADER, *Legislative Comment. The Bribery Act 2010 in force: an opportunity to be taken*, in *Company Lawyer*, 2011; ALLDRIDGE, *Reforming Bribery: Law Commission Consultation Paper 185 (1) Bribery Reform and the Law Commission— Again*, in *The Criminal Law Review*, 2008, 671; THE BRIBERY ACT 2010: *Explanatory Notes*; GENTLE, *The Bribery Act 2010: The Corporate Offence*, in *Criminal Law Review*, 2011, 101; THE LAW COMMISSION, *Consultation Paper No. 185*; THE LAW COMMISSION, *Report No. 313, Reforming Bribery*; MONTEITH, *The Bribery Act 2010: Enforcement*, in *The Criminal Law Review*, 2011, 111; O'SHEA, *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol, 2011; RAPHAEL, *Blackstone's Guide to The Bribery Act 2010*, Oxford, 2010; RAJANI, *The UK Bribery Act – One year on*, CRJ, 2012; RICHARDSON, in *Criminal Law Week*, 2010, 14 n. 6; SIMESTER-SPENCER-SULLIVAN-VIRGO, *Simister and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford and Portland Oregon, 2010; SMITH-HOGAN, *Criminal Law*, Oxford, 2011; SULLIVAN, *The Bribery Act 2010: An Overview*, in *The Criminal Law Review*, 2011, 87; SULLIVAN, *Reforming Bribery: Law Commission Consultation Paper 185 (2) Reforming the Law of Bribery (LCCP No. 185): Bribery Outside England and Wales; Corporate Liability; Defences; Consent to Prosecution*, in *The Criminal Law Review*, 2008, 687; WELLS, *Legislative Comment. Who's afraid of the Bribery Act 2010?*, in *Journal of Business Law*, 2012.

²⁷ LC Report 313, par. 2.23 ss.

risistemazione della materia considerata, esigenza tra l'altro confermata dalle raccomandazioni dell'OCSE al Regno Unito²⁸.

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 normativa²⁹.

6. L'impianto complessivo del *Bribery Act*.

6.1. La scelta della configurazione di un modello unitario di tutela.

Prima di procedere con un'analisi di dettaglio delle fattispecie previste nel *Bribery Act*, è opportuno, in via preliminare, evidenziare una delle peculiarità più rilevanti della disciplina, che si colloca, sotto un certo punto di vista, in continuità con la normativa in vigore fin dal 1906 e, dall'altro, ne accentua il carattere fortemente innovativo soprattutto con riguardo alla disciplina italiana. Si tratta dell'adozione di un modello di tutela unitario che, come è noto, comprende tanto la corruzione pubblica quanto quella privata. Il legislatore italiano tiene, al contrario, distinte le due tipologie di corruzione in due autonome fattispecie incriminatrici.

La *Law Commission* ha dedicato una significativa parte del suo lavoro a giustificare l'adozione di un modello unitario³⁰. I recenti processi di privatizzazione che hanno interessato molti Paesi, non ultimo il Regno Unito, hanno spinto la

²⁸ OCSE, *United Kingdom: Phase 2, report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions* (March 2005), par. 15 and 194.

²⁹ Infatti, il *Common Law* si riferiva a '*undue reward*', mentre la legge del 1889 a '*gift, loan, fee, reward or advantage*'. La legge del 1906 al contrario faceva riferimento a '*gift or consideration*'. Lo stesso si può dire a proposito del soggetto attivo della condotta, definito in maniera diversa dalle varie leggi considerate, arrivando a notevoli discrepanze con la legge del 1906 che includeva il privato tra i soggetti attivi. Stesse considerazioni per il termine '*corruptly*', rinvenibile tanto nella legge 1889 quanto in quella del 1906 e lasciato, però, senza definizione da entrambe.

³⁰ LC Consultation Paper n. 185, par. 1.11.

Commissione a considerare più opportuna e meno complicatoria una fattispecie che comprendesse tanto il settore pubblico quanto quello privato. A sostegno di questa esigenza “pratica” di tutela, la LC ha chiamato in causa anche ragioni di politica criminale: le condotte corruttive non sarebbero caratterizzate da un diverso grado di disvalore nel settore pubblico e in quello privato, conseguentemente lo standard di tutela dovrebbe essere equiparato³¹.

Nonostante tale presa di posizione, la LC precisa che la qualifica di pubblico ufficiale, in determinati casi, possa richiedere un maggiore livello di conformità rispetto ai doveri imposti dall’ordinamento in ragione della delicata funzione che questi esercita. Il *Bribery Act* ricostruisce le fattispecie non come reati propri, ma come reati che possono genericamente essere realizzati da una persona fisica o giuridica (*agent*) che abbiano ad oggetto uno scambio corrotto.

Il modello unitario non ha mancato però di incontrare critiche anche da parte della dottrina inglese: prevedere separatamente le fattispecie di corruzione nel settore privato e in quello pubblico potrebbe essere, secondo alcuni³², più coerente in punto di distinzione dell’elemento soggettivo e di quello oggettivo. 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. In altre parole, parte della dottrina inglese ha evidenziato come 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 soggetto 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.

Il rischio del modello unitario, dunque, è quello di confondere i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice, beni diversi a seconda che si faccia riferimento al settore pubblico o a quello privato. Sebbene l’ordinamento opti per la rilevanza penale di entrambi, e dunque per una medesima *ratio* repressiva, la loro assimilazione all’interno di una fattispecie incriminatrice ampia rischia di generare più dubbi di quanto non contribuisca a diradarne. Prevedere una norma che abbia all’interno due fuochi di tutela così diversi potrebbe comportare una tensione nella coerenza interna della stessa, oltre che una sua maggiore complessità. In dottrina si afferma, infatti, che una distinzione tra i due settori al momento applicativo andrebbe comunque compiuta.

³¹ ALLDRIDGE, *Reforming Bribery: Law Commission Consultation Paper 185 (1) Bribery Reform and the Law Commission— Again*, in *The Criminal Law Review*, 2008, p. 677.

³² ALLDRIDGE, *op. cit.*, p. 678.

Il fenomeno delle privatizzazioni, tra l'altro, se da un lato ha indubbiamente ridotto l'area di applicazione della fattispecie della corruzione pubblica, ha però sollevato un dibattito dottrinario, non solo inglese, ma anche italiano³³. 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.

Senza poter qui approfondire ulteriormente i termini della riflessione dottrinale in materia, è opportuno ricollocare l'attenzione sulle fattispecie inglesi, alla luce delle caratteristiche ora evidenziate.

6.2. Le nuove fattispecie introdotte nel 2010.

Come già anticipato, il *Bribery Act*, riformando la disciplina delle norme sulla corruzione pubblica e privata, ha apportato profondi mutamenti nel quadro normativo previgente. La nuova legge è intervenuta su quei profili problematici messi in luce dalla LC, creando *ex novo* una disciplina in materia ed abrogando tutta la normativa previgente³⁴. L'intervento legislativo si caratterizza, peraltro, per aver determinato una forte anticipazione della tutela penale.

L'impianto complessivo della riforma risulta strutturato come segue.

Lo *statute* prevede innanzitutto due nuove fattispecie tra loro autonome, di corruzione attiva e passiva (sects. 1 e 2): la prima consiste nell'offrire, promettere o

³³ MANES, *Servizi Pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo Statuto Penale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2010; SPENA, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di Catenacci e Marconi, Torino, 2009.

³⁴ Per un'analisi in proposito si veda anche *The Bribery Act 2010: Explanatory Notes*. Tale documento costituisce un primo commento alla legge, una relazione di accompagnamento predisposta dal Ministero della Giustizia ai fini di una corretta interpretazione della legge stessa. In ogni caso, le *explanatory notes*, non costituiscono parte integrante del *Bribery Act*, ma rappresentano esclusivamente un ausilio per la sua lettura e comprensione.

dare un vantaggio; la seconda nella domanda, nell'accordo a ricevere, nell'accettazione del vantaggio stesso³⁵.

Le successive sezioni 3 e 4 del *Bribery Act* hanno carattere definitorio di alcune condizioni che determinano la rilevanza delle condotte. Si fa riferimento essenzialmente alle nozioni di *relevant functions or activities* e *improper performance*³⁶.

In terzo luogo, il *Bribery Act* ha introdotto una nuova fattispecie definita *failure of commercial organisations to prevent bribery* alla sect. 7, che vede quale soggetto attivo del reato esclusivamente un'organizzazione commerciale, non applicandosi invece a persone fisiche. Questa ha introdotto una particolare ipotesi di responsabilità dell'ente per fatti di corruzione attiva. La fattispecie viene integrata qualora vi sia un soggetto (come definito alla sect. 8) che agisce per conto dell'organizzazione commerciale stessa.

In forza della sect. 9, il *Secretary of State* ha emanato una guida che predispone le c.d. *adequate procedures* che le organizzazioni commerciali sono tenute ad adottare per prevenire la commissione di fatti di corruzione al loro interno.

La sect. 12 chiarisce l'ambito di applicazione territoriale della legge estendendola a tutto il Regno Unito, comprensivo dunque oltre che dell'Inghilterra e del Galles, anche dell'Irlanda del Nord e della Scozia, la quale ha fornito il formale consenso alla *UK House of Parliament* per legiferare in materia. E' noto, infatti, che con l'espressione diritto penale inglese si fa propriamente riferimento al diritto dell'Inghilterra e Galles, non essendo affatto scontato che una legge penale preveda una così vasta applicazione territoriale. Ma non solo: i fatti di corruzione ricadono sotto l'applicazione della legge anche se il reato viene commesso all'estero, purché vi sia una *close connection* diversamente articolata e descritta nell'impianto normativo della riforma³⁷.

Infine, la sect. 10 prevede il c.d. *consent to prosecution* che deve essere richiesto prima di esercitare l'azione penale non più all'*Attorney General*³⁸, ma ai direttori delle c.d. *Relevant Prosecuting Authorities*³⁹ specificate nella sezione stessa.

Le nuove fattispecie generali di corruzione presentano fondamentalmente due peculiarità: la prima è la più volte sottolineata adozione di un modello di tutela

³⁵ E' importante rilevare che la formulazione di queste due fattispecie comporta l'abbandono del modello della relazione principale-agente sulla quale le discipline previgenti si basavano, per accogliere un modello definito come "*an intention to induce improper conduct*".

³⁶ La presenza di tali elementi va accertata sulla base del c.d. *expectation test* previsto alla successiva sect. 5: prima di accertare se la condotta posta in essere dal soggetto costituisca una violazione di una legittima aspettativa (di buona fede e imparzialità come previsto dalla sect. 3), è necessario verificare che l'aspettativa sia appunto legittima e come tale rilevante, sì da rendere il fatto penalmente illecito. Il test, molto usato nel diritto inglese, si applica esclusivamente alle fattispecie generali di cui alle sezioni 1 e 2, e non anche a quella di corruzione di pubblico ufficiale straniero prevista invece alla sect. 6.

³⁷ In questo senso la legge del 2010 riprende quanto disciplinato dal citato *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*. La legge del 2001 venne emanata in risposta all'inottemperanza del Regno Unito rispetto all'adeguamento della propria legislazione interna con l'art. 1 della Convenzione OCSE (il testo della legge è reperibile in: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/section/108>).

³⁸ Tale soggetto verrà descritto *infra* quando si parlerà della discrezionalità dell'azione penale.

³⁹ In particolare: *Director of Public Prosecution*, *Director of the Serious Fraud Office* e *Director of the Revenue and Customs Prosecutions*.

unitario per condotte che si sviluppano tanto nel settore pubblico che in quello privato; la seconda, è quella di ricostruire due fattispecie autonome per il lato attivo e passivo della condotta stessa. Infatti, l'offerta di una tangente costituisce reato che il corrotto la accetti o meno: nel primo caso, sarà penalmente rilevante oltre che la condotta attiva anche quella passiva di accettazione della tangente. Allo stesso modo, la richiesta di una tangente integra il reato indipendentemente dalla sua effettiva corresponsione. Tale caratteristica, suggerita già nel report della *Law Commission*, anticipa notevolmente la soglia della tutela penale, accordando già ad atti unilaterali di istigazione alla corruzione attiva e passiva, rilevanza penale⁴⁰. Le due condotte mantengono comunque sul piano empirico un intrinseco legame: il futuro pagamento di una tangente richiede sempre, in astratto, la presenza di un soggetto che potenzialmente la riceve, e viceversa. Tale caratteristica non impedisce, in ogni caso, che il reato possa essere integrato autonomamente, non essendo necessaria l'effettiva corresponsione della tangente né la sua ricezione⁴¹.

E' opportuno, poi, sottolineare che le condotte previste dalle sezioni 1 e 2 (corruzione attiva e passiva) assumono rilevanza anche quando lo scopo dell'agente è caratterizzato dalla finalità di ottenere un vantaggio puramente personale, mentre le fattispecie previste alle sezioni 6 e 7 (*Bribery of foreign public officials* e *Failure of commercial organisations to prevent bribery*) devono essere legate a contesti nei quali venga in gioco una relazione di tipo commerciale.

6.3. Gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici introdotte dal Bribery Act.

6.3.1. Le fattispecie di corruzione attiva e passiva.

Il *Bribery Act*, come è noto, disciplina due fattispecie di corruzione attiva e corruzione passiva.

Soggetti attivi del reato possono essere sia le persone fisiche che le persone giuridiche. Secondo le norme inglesi, alla persona giuridica potrà essere riferito il reato in quanto vi sia stata una persona fisica che abbia voluto o approvato la realizzazione del fatto illecito. Tale previsione è considerata nella parte iniziale della sect. 14 del *Bribery Act*: la persona giuridica e il dirigente saranno colpevoli della condotta principale di *bribery*. Al contrario, il reato di cui alla sect. 7, del quale parleremo tra breve, potrà essere riferito esclusivamente alle organizzazioni commerciali⁴².

La fattispecie di *active bribery* è prevista alla sect. 1 e disciplina la condotta di colui che, in termini generali, offre il vantaggio indebito ad un altro soggetto (il corrotto) al fine di ottenere un 'atto' illecito. Il *provider* ('P') è qualcuno che offre,

⁴⁰ MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 416.

⁴¹ LC Report 313, par. 3.29-3.32 e par. 3.33.

⁴² O' SHEA, op. cit., p. 39. Si segnala che la disposizione da ultimo citata riprende la sect. 12 del *Fraud Act 2006* e ancor prima la sect. 18 del *Theft Act 1968*, cfr. sul punto l'op. cit. di O'SHEA.

promette, dà o paga un *recipient* ('R') che richiede, è d'accordo nel ricevere oppure accetta ciò che gli è stato promesso da P.

La fattispecie di corruzione attiva comprende al suo interno due casi che in via di prima approssimazione possono essere descritti: da un lato, come la messa a disposizione di un vantaggio a favore di R o di un terzo, al fine di indurlo o ricompensarlo per una condotta contraria ai propri doveri ('*improper performance of functions*'); e, dall'altro, come la messa a disposizione di un vantaggio a favore di un soggetto la cui mera accettazione può costituire, in ragione della posizione che questi ricopre, '*improper performance*'.

Il primo caso racchiude a sua volta due tipologie di condotte: *inducement offence* e *reward offence*. La prima consiste nell'offrire o promettere un vantaggio con l'intenzione di indurre il ricevente o un terzo a realizzare in maniera scorretta delle *relevant functions or activities*. La seconda consiste nell'offrire o promettere un vantaggio con l'intenzione di ricompensare qualcuno per quella stessa attività illecita. I due sotto-casi evidenziano che, se è illecito indurre qualcuno a commettere tale condotta, sarà parimenti illecita la ricompensa per l'azione che è già stata commessa.⁴³ L'elemento soggettivo richiesto dal primo è l'*intention*⁴⁴: P deve, pertanto, considerare quantomeno la possibilità che, in seguito, R eserciti la funzione o attività illecitamente⁴⁵. Ai fini del secondo caso, per *intention* si deve intendere la volontà di ricompensare per una condotta illecita una persona che non necessariamente è il ricevente (*improper performance of a relevant function*).

Il secondo caso di *active bribery* può essere definito come *compromise of position*. La dazione del vantaggio viene offerta a un soggetto che ricopre una posizione di influenza, senza che ci si aspetti un qualcosa di specifico in cambio. E' illecito per questi soggetti accettare il vantaggio poiché la mera accettazione potrebbe compromettere il corretto svolgimento dei propri doveri. L'elemento soggettivo richiesto è che P si rappresenti (*knows or believes*)⁴⁶ che l'accettazione del vantaggio costituisca da parte di R una condotta illecita in violazione dei propri doveri. A differenza del primo caso, non si richiede l'elemento dell'*intention*.

La sezione 2 prevede il lato passivo (*passive bribery*) dell'accordo corruttivo e quindi l'ipotesi della condotta del corrotto. La condotta di R si perfeziona in quattro casi.

⁴³ O' SHEA, op. cit., p. 33. L'autore evidenzia come vi sia un evidente pubblico interesse nello scongiurare che il titolare di un pubblico ufficio sia tentato da esercitare le sue funzioni contrariamente ai propri doveri nella speranza di ricevere in seguito qualche beneficio personale.

⁴⁴ Le nozioni chiave in tema di colpevolezza sono infatti *knowledge, intention, recklessness, negligence*. Per un'analisi di ogni elemento soggettivo cfr. SEMESTER-SPENCER-SULLIVAN-VIRGO, *Semester and Sullinan's Criminal Law, Theory and Doctrine*, Oxford, 2010, pp. 126 ss.

⁴⁵ SULLIVAN, ultima op. cit., p. 91.

⁴⁶ L'elemento della *Knowledge* richiede "a positive (and correct) belief on the part of the defendant that the relevant circumstance does indeed exist. Legally speaking, 'knowledge means true belief'. [...] In this respect 'knowledge' of circumstances is the cognitive cousin of intention, rather than recklessness. What is not necessary, however, is that the defendant should think that the relevant circumstance exists with provable certainty. In law, it is sufficient that the defendant accepts, or assumes, and has no serious doubt, at the time he acts, that the circumstance is present", cfr. SEMESTER AND SULLIVAN's *Criminal Law*, op. cit., p. 149.

Il primo consiste nella richiesta, consenso a ricevere o accettazione di un vantaggio da parte di *R* con l'intento di commettere la condotta illecita. In questo primo caso, l'elemento soggettivo richiesto è l'*intention*.

Il secondo si lega al caso 2 della sect. 1 e cioè al *compromise of position*: *R* richiede o riceve un vantaggio che, date le circostanze, costituisce *improper performance of a relevant function or activity*. In questo caso, non si richiede né *knowledge* o *belief*, a differenza del caso n. 2 sect. 1, né *intention*, a differenza dei casi nn. 1 (sect. 1) e 3 (sect. 2); questo, secondo la *Law Commission* e il *Joint Committee*, perché *R* ricopre un ruolo tale per cui l'antidoverosità della condotta deve essere a lui nota.

Il terzo consiste nella richiesta, accordo a ricevere o accettazione di una ricompensa per la realizzazione di una *improper performance of relevant function or activity*. Il *Bribery Act* punisce non solo la ricerca di una tangente prima della commissione di una *improper performance*, ma anche in vista di una successiva ricompensa, essendo parimenti configurabile un interesse degno di tutela. Apparentemente anche in questo caso non si specifica nessun elemento soggettivo.

Nel quarto caso, *R* realizza una condotta illecita in previsione della richiesta o ricezione di un vantaggio. Non è necessario che questi abbia preso contatto con il *provider* o *potential provider*. L'elemento soggettivo non è nuovamente specificato, ma il *prosecutor* dovrà in ogni caso provare una forma di *knowledge* con cui *R* agisce.

I reati di corruzione attiva e passiva previsti alle sezioni 1 e 2 presuppongono il verificarsi di due condizioni preliminari che attengono ai presupposti della condotta. In particolare, la condotta deve in primo luogo, essere realizzata nell'esercizio di attività o funzioni rilevanti (sect. 3, *relevant functions or activities*) e, in secondo luogo, scaturire da un'attività illecita come definita dalle sezioni 4 e 5 (*improper performance*). Questi due elementi dimostrano che, a differenza delle fattispecie previgenti, la nuova normativa pone al centro i *doveri* dell'agente piuttosto che la sua qualifica formale.

6.3.1.1. Funzioni e attività rilevanti.

Le funzioni che possono essere definite *rilevanti* sono espressamente elencate dalla terza sezione e si riferiscono a funzioni pubbliche, ad attività in senso lato commerciali oppure che si svolgono nell'ambito di un ente. Inoltre l'agente deve comportarsi, in relazione alla situazione data, secondo buona fede, imparzialità, o garantire una *position of trust* e cioè un'aspettativa di fiducia in lui riposta, come specifica la sezione 3 stessa. L'aspettativa va verificata in ragione del c.d. *reasonable person test* e, quindi, a ciò che una persona "di ordinaria diligenza" nel Regno Unito si aspetterebbe in relazione alle funzioni e attività in questione⁴⁷. La funzione o l'attività può essere considerata rilevante solo se soddisfa i requisiti previsti dalla norma in tutti i suoi elementi⁴⁸. Sono tali⁴⁹ quelle aventi natura pubblica⁵⁰; quelle concernenti attività

⁴⁷ Letteralmente: "what a reasonable person in the UK would expect in relation to the performance of the type of function or activity concerned", O'SHEA, op. cit., p. 60.

⁴⁸ La distinzione dei termini "functions" e "activities" riferite rispettivamente al settore pubblico e privato, sembrerebbero essere coerenti con le previsioni dello *Human Rights Act 1998 (HRA)*; la diversa terminologia non sembra avere nessun'altra ragione (cfr. O'SHEA, op. cit., p. 62).

commerciali⁵¹; quelle poste in essere nello svolgimento della propria attività lavorativa⁵²; e quelle svolte da un ente o per conto dello stesso, tanto che si tratti di una persona giuridica o meno⁵³. Le persone che esercitano attività al di fuori di quelle citate non saranno soggette a responsabilità per *bribery*.

La qualifica formale dell'agente è solo il primo dei due passaggi che consentono di determinare l'applicabilità o meno della condizione della s. 3 (*'relevant functions and activities'*). Il secondo passaggio, consiste nel verificare se le condizioni di buona fede, imparzialità e di *position of trust* si applichino all'agente⁵⁴.

La legge del 1998 “sancisce una ‘incorporazione’ selettiva, nell’ordinamento inglese, della Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”. Prima dell’adozione dello HRA i cittadini inglesi non potevano godere dei diritti sanciti dalla CEDU a causa della peculiare posizione che occupano i trattati internazionali nel sistema inglese: infatti, anche dopo la ratifica parlamentare, questi non sono direttamente recepiti dall’ordinamento interno, necessitando invece di una legge nazionale che ne introduca le previsioni internamente. Per un approfondimento del tema si veda PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 221.

⁴⁹ Letteralmente: (a) *any function of a public nature*, (b) *any activity connected with a business*, (c) *any activity performed in the course of a person’s employment*, (d) *any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporate)*.

⁵⁰ Il concetto di *funzione pubblica*⁵⁰ non viene definito dalla legge. Nonostante ciò, le *Explanatory Notes* – la relazione interpretativa di accompagnamento al *Bribery Act* – precisano che la nozione deve fare riferimento a quella di *public authority* presente nello *Human Rights Act 1998*⁵⁰ e che, in aggiunta, devono essere incluse tutte le attività svolte durante l’esercizio di un’attività lavorativa per conto di un ente⁵⁰. Su tali concetti si tornerà tra breve.

Il concetto di funzione pubblica, ai fini del reato di corruzione di un pubblico ufficiale straniero, di cui parleremo tra breve, è modellato sulla base della Convenzione OCSE e può essere definito come una qualsiasi attività svolta nel pubblico interesse, delegata da un Paese straniero.

⁵¹ Non viene definito neppure il concetto di *attività connesse a un’attività commerciale*, ma la sect. 3 specifica che il termine *‘business’* include anche le attività commerciali e le attività professionali. Per attività commerciale non s’intende necessariamente un’attività volta alla realizzazione di un profitto, ma anche un’attività di volontariato o simili.

⁵² Per *attività posta in essere nello svolgimento della propria mansione lavorativa*, ancora non si rintraccia una espressa definizione normativa. In realtà la qualità di dipendente non sarà difficile da provare. Ci potrebbero però essere casi in cui il soggetto non possa essere considerato propriamente dipendente nonostante svolga un’attività simile.

⁵³ Per *attività svolta da un ente o per conto dello stesso* – ente che può essere sia una persona giuridica che non giuridica, deve intendersi, nonostante non vi sia espressa definizione, un’aggregazione di più individui (*‘body of persons’*) che possono essere identificati collettivamente senza che sia necessaria una formale registrazione.

⁵⁴ In mancanza di una definizione, il concetto di *‘buona fede’* può essere inteso come riflesso di quei concetti di onestà e mancanza di intenzionalità.

Per *‘imparzialità’* bisogna intendere un’assenza di pregiudizio, di discriminazione. L’elemento dell’imparzialità costituisce un’aspettativa esigibile da parte di chi esercita funzioni giurisdizionali come per esempio un giudice o un arbitro e chi esercita funzioni di governo a livello nazionale, regionale o locale. Tale aspettativa può essere riposta, in determinati casi, anche in quei soggetti che esercitano un’attività commerciale.

Il termine *‘position of trust’* deve essere ricostruito in maniera ampia come comprendente pressoché qualsiasi tipo di relazione nella quale uno dei due soggetti ricopra una posizione di tutela di interessi altrui.

La funzione o l'attività esercitata dal soggetto, nei termini ora precisati, per ricadere sotto l'applicazione del *Bribery Act*, non deve necessariamente avere un legame con il Regno Unito. Tale elemento rappresenta una conseguenza diretta della vasta applicazione territoriale della legge a cui si è fatto in precedenza cenno⁵⁵. Le uniche limitazioni a tale estensione, che si applicano alle sezioni 1, 2 e 6 sono date dal criterio della nazionalità o della residenza del soggetto o dell'ente come definite dalla sect. 12.

6.3.1.2. *Improper performance*.

Il secondo presupposto della condotta è costituito dall'*improper performance*. Tale espressione vuole indicare una condotta illecita, scorretta, che disattenda quelle aspettative definite dalla precedente sect. 3.

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*. Tale concetto è centrale tanto ai fini delle *relevant functions or activities* che della *improper performance*. E' inoltre rilevante, anche se solo indirettamente, per la sect. 7 (*failure of commercial organisation to prevent bribery*), poiché questa richiede in via preliminare che sia stato commesso una *general bribery offence*. Le aspettative saranno, pertanto, giudicate rilevanti nel momento in cui passeranno il c.d. *expectation test*⁵⁶ e cioè il

⁵⁵ La sect. 3 specifica:

“(6) A function or activity is a relevant function or activity even if it—
(a) has no connection with the United Kingdom, and
(b) is performed in a country or territory outside the United Kingdom.”

⁵⁶ Questo genere di test può essere di due tipi: soggettivo e oggettivo a seconda che consista nell'esaminare uno stato soggettivo dell'individuo e, pertanto, sia volto a cercare di capire quali siano i fattori che lo spingono a compiere una determinata attività, oppure consista nell'esame della condotta rispetto a uno standard di comportamento generale. Lo standard che più frequentemente viene utilizzato è quello della *reasonable person* e cioè un soggetto astratto, moralmente retto che non deve identificarsi con il singolo giurato. Cfr. O'SHEA, op. cit., p. 85. Il test in questione è oggettivo.

Data l'ampiezza dell'applicazione territoriale della normativa è bene specificare che la definizione di '*improper performance*' porta con sé i medesimi *standard* ovunque sia stata posta in essere (cfr. O'SHEA, p. 89). I costumi locali saranno dunque irrilevanti ai fini dell'applicazione del '*reasonable person test*', a meno che non siano stati inclusi in leggi scritte. (cfr. *Ministry of Justice Guidance, section 9 of the Bribery Act 2010*, commento alla sect. 1).

Per la sect. 6, che disciplina l'ipotesi di corruzione del pubblico ufficiale straniero non varrà il test previsto alla sect. 5, che si applicherà alla sects. 1 e 2 (per approfondimenti si veda O'SHEA, p. 114).

quesito che una giuria si deve porre relativamente a che cosa una persona media, ragionevole, si sarebbe aspettata da quella particolare situazione.

La legge non definisce il significato di *'breach of relevant expectation'* ma si può assumere che consista in qualsiasi azione o omissione che comporti una violazione delle aspettative di buona fede, imparzialità e fiducia⁵⁷. 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 fiducia⁵⁸.

6.3.2. *Failure of commercial organisation to prevent bribery.*

La sect. 7 prevede la responsabilità delle imprese per corruzione attiva⁵⁹ (e non anche per corruzione passiva), quando a realizzare la condotta sia un soggetto che agisce in loro nome, le cui caratteristiche sono delineate alla sect. 8. Soggetti alla citata sect. 7 sono soltanto gli enti e non anche le persone fisiche qualora non predispongano misure volte ad evitare fatti di corruzione (la sect. 7 è, infatti, rubricata *failure of commercial organisations to prevent bribery*). La condotta di corruzione attiva (sect. 1) o di corruzione (attiva) di un pubblico ufficiale straniero (sect. 6) dovrà essere realizzata, appunto, da un soggetto che agisce in nome dell'impresa, non essendo necessario che l'impresa sia a conoscenza o abbia partecipato alla commissione del reato commesso dall'agente-persona fisica. In ogni caso, l'organizzazione commerciale potrà opporre la c.d. *defence of adequate procedures*, prevista dalla sect. 7⁶⁰.

La configurabilità della responsabilità delle persone giuridiche ha trovato, nell'ordinamento inglese, analoghi profili di problematicità riscontrati in altri Paesi non soltanto europei. Prima dell'entrata in vigore del *Bribery Act*, era esclusivamente il *common law* – salvo specifici casi di responsabilità oggettiva previsti da singoli *statutes* – a dettare una disciplina in materia attraverso il c.d. *identification principle*⁶¹: in virtù di tale principio, perché il fatto criminoso venisse attribuito all'ente, la condotta doveva

⁵⁷ O' SHEA presenta diversi esempi (p. 82) di *breach of expectation of good faith, of impartiality* e *breach of expectation arising from position of trust*.

⁵⁸ SULLIVAN, *The Bribery Act 2010 An Overview*, in *The Criminal Law Review*, 2011, p. 90.

⁵⁹ In termini generali, infatti, si può dire 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)"*. Ecco quanto afferma la *Joint Prosecution Guidance on the Bribery Act 2010*, in commento alla sect. 7.

⁶⁰ I principi ivi formulati sono: *proportionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training), monitoring and review*. Per l'analisi e commento di tali principi oltre alla *Ministry of Justice Guidance, Section 9 of the Bribery Act 2010*.

⁶¹ O' SHEA, op. cit., p. 131. Sul tema si veda anche: HOOPER-ORMEROD (general editors) *BLACKSTONE'S Criminal Practice*, Oxford, 2012, pp. 110 ss.; SIMISTER-SPENCER-SULLIVAN-VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2010, pp. 274 ss.; SMITH AND HOGAN, *Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 259 ss.

essere stata posta in essere da un soggetto qualificabile come *directing mind* che avesse inserito quell'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice ai fini dell'integrazione della fattispecie. Sono tali quei soggetti in posizione apicale, in grado di esprimere la volontà imprenditoriale dell'ente e, per tali ragioni, sono considerati come una sorta di "incarnazione" dell'organizzazione commerciale⁶². Le condotte poste in essere da soggetti definiti come *directing mind* vengono, dunque, considerate come direttamente commesse dall'impresa.

Espressione di tale principio è stato il *leading case Tesco Supermarkets LTD v. Natrass*⁶³. La responsabilità dell'impresa è stata considerata, secondo il principio della *identification doctrine*, come diretta e non come *vicarious liability* e, dunque, come responsabilità indiretta⁶⁴. Tale teoria è stata da più parti criticata poiché la commissione di un fatto tipico in seno all'impresa potrebbe avvenire senza che la *directing mind* ne sia stata effettivamente a conoscenza, eliminando di conseguenza la possibilità che quel fatto risulti attribuibile all'organizzazione commerciale in termini di responsabilità. Tale rischio è particolarmente presente nelle ipotesi in cui le decisioni imprenditoriali vengano prese ad un livello decentrato dell'organizzazione societaria (si pensi al caso delle multinazionali). Così, il legislatore è intervenuto creando da un lato, delle eccezioni a tale principio e, dall'altro, delle cc.dd. "*hybrid offences*", nelle quali l'imputazione del fatto all'impresa avveniva in forza di una responsabilità oggettiva, fatta in ogni caso salva la possibilità di opporre che l'attività si fosse svolta con *reasonable care e due diligence*.

Con l'entrata in vigore del *Bribery Act* il legislatore ha introdotto una nuova forma di responsabilità delle persone giuridiche che si affianca, non eliminandola, a quella configurabile in forza del principio dell'*identification doctrine* cercando, in tal modo, di risolvere parte dei problemi incontrati nell'applicazione delle norme fino ad allora esistenti.. La *Law Commission* ha, infatti, specificato che il concetto di responsabilità diretta dell'impresa andrebbe riconsiderato soltanto alla luce di una più complessiva revisione normativa in materia⁶⁵.

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.

⁶² SMITH AND HOGAN, op. cit., p. 260.

⁶³ *Tesco Supermarkets LTD v. Natrass* [1972] AC 153. Il *leading case* prendeva in considerazione il caso di un *manager* di un negozio che aveva omesso di controllare l'attività del proprio staff, lasciando che fosse esposto un cartello indicante una promozione relativa a un prodotto non presente nel negozio. In tal caso, la compagnia non venne ritenuta responsabile di tale condotta poiché il dirigente in questione non poteva essere identificato come una *directing mind* della compagnia, non avendo un ruolo apicale, cfr. BLACKSTONE'S *Criminal Practice*, op. cit., p. 110.

⁶⁴ SIMISTER AND SULLIVAN'S *Criminal Law*, op. cit., p. 276.

⁶⁵ LC Report 313., par. 6.27, 6.28.

Per integrare il reato previsto alla sect. 7 sono necessari due requisiti fondamentali: in primo luogo, che l'organizzazione commerciale possa essere definita come *relevant commercial organisation*⁶⁶ e, in secondo luogo, che sia stata commessa una delle condotte tipiche previste per i reati di corruzione attiva o di corruzione di un pubblico ufficiale straniero da parte di un *soggetto che svolga un'attività per conto dell'impresa*⁶⁷. E' richiesto, inoltre, che tale soggetto, rechi un vantaggio all'organizzazione commerciale. L'impresa, da parte sua, avrà l'onere, come già specificato, di provare che sono state predisposte le misure di prevenzione allo scopo di ostacolare possibili fatti corruttivi (*adequate procedures*).

Quanto al giudizio di responsabilità, questo deve operare separatamente relativamente all'organizzazione commerciale e al soggetto che agisce a suo vantaggio: si tratterà pertanto di effettuare un autonomo giudizio di colpevolezza. L'onere della prova spetta pertanto all'ente sulla base dello standard, previsto nei giudizi civili, del c.d. *balance of probability* e, dunque, del 'più probabile che non', piuttosto dell' "oltre il ragionevole dubbio" previsto per i giudizi penali.

Si discute, invece, sulla natura della responsabilità riconosciuta in capo all'impresa definendola talvolta come indiretta e talvolta come oggettiva⁶⁸. Il concetto di responsabilità indiretta (*vicarious liability*) viene utilizzato in altri ordinamenti in luogo della *identification doctrine*. Si faccia il caso, ad esempio, del *US Foreign Corrupt Practices Act*.

La giurisdizione per tali reati è molto estesa e derogatoria rispetto alle regole generali in materia. I fatti di cui alla sect. 7 non devono necessariamente aver avuto luogo nel Regno Unito – sect. 12 – né il soggetto agente deve avervi un collegamento, come invece è richiesto per coloro che sono accusati degli altri reati previsti dell' *Act*. In ogni caso, è richiesto che l'impresa svolga i propri affari o parte di essi nel Regno Unito (*non-UK-domiciled enterprises*), oppure che vi abbia sede.

Resta salva la possibilità per le imprese di essere ritenute responsabili per i fatti di corruzione attiva (sect. 1) o di corruzione di un pubblico ufficiale straniero (sect. 6) sulla base del criterio della *identification doctrine*. Per quanto riguarda, invece, i manager o direttori, questi potrebbero essere ritenuti responsabili (in forza della sect. 14) a livello individuale tanto per i reati previsti alle sezioni 1 e 6, quanto per aver collaborato con un'organizzazione commerciale nella commissione del reato⁶⁹.

⁶⁶ La società, pubblica o privata che sia, si definisce "*relevant commercial organisation*" qualora abbia sede nel Regno Unito oppure quando svolga la propria attività commerciale all'interno di esso, indipendentemente dalla sede in cui è stata costituita. Lo stesso si può dire a proposito delle partnership.

⁶⁷ Quanto al secondo requisito, la sect. 8 fornisce un'ampia definizione: il soggetto che agisce per conto dell'impresa potrà essere tanto una persona fisica che giuridica, a nulla rilevando la capacità o i ruoli formali che questo ricopre all'interno della società purché questi abbia un rapporto preesistente con la società stessa, non necessariamente qualificabile nei termini di contratto formale.

⁶⁸ O' SHEA, op. cit., p. 132.

⁶⁹ 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 sect. 7 – se presenti al momento della commissione

6.3.3. Corruzione del pubblico ufficiale straniero.

La sect. 6 del *Bribery Act 2010* ha previsto, in ottemperanza alla Convenzione OCSE, un'autonoma fattispecie di corruzione attiva (e non anche passiva) dei pubblici ufficiali stranieri da parte di soggetti sottoposti alla giurisdizione statale. E' importante notare che le altre definizioni previste dalla legge non si applicano a tale sezione⁷⁰.

Il reato viene integrato, quindi, qualora un soggetto – direttamente o tramite un intermediario, tanto che sia una persona fisica o giuridica⁷¹ – offra, prometta o dia un *vantaggio*⁷² al pubblico ufficiale straniero – o a un altro soggetto da questi designato⁷³ – al fine di influenzarne l'attività con lo scopo di ottenere o conservare un affare o un vantaggio nella conduzione dello stesso.

La nozione di pubblico ufficiale straniero può essere ricavata dalla sottosezione 5 che ne accoglie una definizione *istituzionale* e una *funzionale*: è tale, quel soggetto che soddisfa una delle due definizioni.

Secondo la *prima*, è pubblico ufficiale colui che esercita un potere legislativo, amministrativo o giudiziario di qualsiasi tipo, che sia nominato o eletto dallo Stato o da un territorio fuori dal Regno Unito. Tali poteri devono essere intesi sulla base delle norme di diritto domestico del Paese di provenienza di quel pubblico ufficiale⁷⁴. Secondo la definizione *funzionale*, invece, è pubblico ufficiale straniero chiunque svolga una pubblica funzione per un altro Stato o una organizzazione internazionale⁷⁵. Tale seconda definizione è idonea a comprendere anche quei soggetti che non esercitano le

del fatto – che risulteranno applicabili solo con riferimento al reato di *failure of commercial organisations to prevent bribery*.

⁷⁰ O'SHEA, op. cit., p. 92.

⁷¹ 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. O'SHEA, p. 118. Si veda anche la sect. 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.

⁷² 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 cfr. O'SHEA, p. 113.

⁷³ Tale soggetto viene indicato a richiesta del pubblico ufficiale straniero o più semplicemente con il suo assenso o la sua acquiescenza, cfr. O'SHEA, pp. 113-114.

⁷⁴ Si noti 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'.

⁷⁵ 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, cfr. O'SHEA, p. 106.

tre funzioni prima citate, ma che svolgano comunque delle funzioni che abbiano riguardo a un pubblico interesse (si faccia l'esempio di quelle funzioni pubbliche esercitate da una *public agency*⁷⁶ o da una *public enterprise*⁷⁷, delegate dal governo di un Paese straniero). In ogni caso, si sottolinea che gli operatori di una *public agency* o di una *public enterprise* integreranno la lettera della legge solo qualora esercitino delle pubbliche funzioni.

L'elemento soggettivo richiesto è l'*intention* di influenzare la capacità del pubblico ufficiale straniero e di ottenere o conservare un affare o un vantaggio nella conduzione di un affare, che il pubblico ufficiale straniero vi abbia o meno dato seguito⁷⁸.

7. Cenni sui recenti sviluppi giurisprudenziali in materia.

Come è noto, negli ordinamenti di *common law*, un ruolo centrale è svolto dalla giurisprudenza. Vero ciò, si deve tuttavia considerare che il *Bribery Act* è entrato in vigore soltanto nel 2011 e che il processo di formazione di un solido orientamento interpretativo in materia non si è ancora sviluppato appieno.

Il primo caso, giudicato dalla *Court of Appeal, R v. Munir Patel*⁷⁹, riguarda un'ipotesi di corruzione di un cancelliere della *Redbridge Magistrates' Court*. Il cancelliere aveva sollecitato il pagamento di tangenti da parte di alcuni imputati in procedimenti riguardanti reati stradali (*motoring offences*). La sentenza della *Court of Appeal* precisa che l'imputato aveva contribuito a creare una sistematica attività di corruzione al fine di trarne un ingiusto profitto abusando dei propri poteri e consentendo, quindi, agli imputati nei suddetti procedimenti di evitare le sanzioni previste.

La Corte evidenzia come, da un lato, il reato sia da considerare una *serious offence*, dall'altro, vi sia stato un *breach of trust* come richiesto dal *Bribery Act*. Infatti, i pubblici ufficiali sono tenuti a garantire l'integrità dell'ufficio da loro svolto che comporta un affidamento da parte dei soggetti privati nella regolare attività di amministrazione della giustizia. In altre parole, nella terminologia del *Bribery Act*, l'attività illecita dell'imputato viola un'aspettativa di fiducia sull'incorruttibilità dei pubblici ufficiali.

⁷⁶ Per *public agency*, il commento alla Convenzione OCSE specifica che debba intendersi una qualsiasi organizzazione creata o controllata da un Paese straniero, anche se questa non fa parte formalmente dell'organismo statale ("*an entity constituted under public law to carry out specific tasks in the public interest*").

⁷⁷ Per *public enterprise* deve intendersi quell'impresa che assume una forma privata, ma che è controllata dallo Stato esercitando, dunque, un'influenza che può essere definita come dominante.

⁷⁸ 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 pubblico ufficiale straniero agisca *improperly* o che il vantaggio fornito sia *undue* secondo la definizione della legge.

⁷⁹ [2012] EWCA Crim. 1243.

Quanto alla pena inflitta, in primo grado, sono stati irrogati tre anni per corruzione attiva sulla base del *Bribery Act* e sei per *misconduct in a public office* – come si ricorderà si tratta della fattispecie di *common law* che, nonostante l'entrata in vigore del *Bribery Act* non è stata abrogata⁸⁰ –. In appello, la sentenza è stata riformata a quattro anni per *misconduct* e confermata a tre anni per corruzione attiva.

Tra le novità di maggiore rilievo, introdotte dal *Bribery Act*, come è noto, si può citare la fattispecie di corruzione del pubblico ufficiale straniero e quella in materia di responsabilità degli enti per mancato impedimento di ipotesi corruttive avvenute all'interno delle organizzazioni commerciali stesse. Le aspettative della dottrina, riguardo alle prime applicazioni della nuova legge, concernevano pertanto tali ipotesi. Il caso Munir Patel, tuttavia, come è stato autorevolmente sostenuto⁸¹, riguarda un'ipotesi che poteva essere già considerata illecita sotto la vigenza della normativa precedente. Ad ogni buon conto, la sentenza ha suscitato un grande interesse, anche mediatico, essendo appunto il primo caso di applicazione della nuova legge. Peraltro, le pene irrogate e il corpo della sentenza dimostrano come la Corte stessa percepisse l'importanza di questa pronuncia e abbia attribuito al caso un carattere esemplare⁸².

Il Direttore del *Serious Fraud Office* (SFO) nell'ottobre del 2013⁸³ ha precisato, in risposta alle preoccupazioni concernenti una scarsa effettività della nuova legge, che il *Bribery Act* ha tardato ad essere applicato perché, trattandosi di una legge non retroattiva, i casi ricadrebbero sotto il nuovo dettato normativo a decorrere dal 1 Luglio 2011. Il Direttore del SFO precisa poi che sono diversi i casi sui quali il SFO sta lavorando e che alcuni di questi riguardano proprio la materia della responsabilità degli enti in virtù della sect. 7 del *Bribery Act*. Non resta che seguire gli sviluppi investigativi e giurisprudenziali in tema di corruzione.

⁸⁰ Per tutti, cfr. PARSONS, *Misconduct in a public office – Should it still be persecuted?*, in *Journal of Criminal Law*, 2012; MCINNES, *Never judge a book by its cover: Why the first 'Bribery Act' case isn't*, in <http://thebriberyact.com/2011/11/22/never-judge-a-book-by-its-cover-why-the-first-bribery-act-case-isnt/>.

⁸¹ PATRICK, *The Bribery Act- No Damp Squib*, in *Criminal Law and Justice Weekly*, 2012; REA, *The Bribery Act one year on*, in *Criminal Law and Justice Weekly*, 2012; O'SHEA, *Opinion: First Conviction proves Bribery Act has sharp teeth*, in <http://www.thelawyer.com/opinion-first-conviction-proves-bribery-act-has-sharp-teeth/1010398.article/>.

⁸² E' opportuno segnalare che recenti pronunce concernenti casi che ricadevano ancora sotto la normativa precedente, tengono ben presente l'emaneazione del *Bribery Act*, al punto da indicare nel corpo della sentenza, nonostante non ve ne fosse la necessità, che il caso non poteva essere ricompreso nel raggio di applicazione della nuova legge proprio in ragione della sua portata non retroattiva. Si vedano ad esempio, *R v. Majeed*, *R v. Westfield*.

⁸³ V. <http://thebriberyact.com/2013/10/27/corporate-prosecutions-under-the-bribery-act-racing-certainty-or-outsider-watch-this-space/>.

8. L'influenza del *selective enforcement* nella formulazione e nell'applicazione della norma penale: il caso del Bribery Act.

Come è noto, l'impatto della nuova legge anti-corruzione deve essere valutato tenendo in costante considerazione le peculiarità sotto il profilo dell'*enforcement* e, in particolare, i profili processuali che condizionano l'assetto del sistema penale inglese.

Bisogna, infatti, notare che il sistema penale inglese si caratterizza, rispetto a un ordinamento come quello italiano, per due diversi elementi. Da un lato, il ricorso alla *statutory law* in materia penale, per quanto crescente, non sempre si accompagna all'idea che la legge di origine parlamentare debba assumere un ruolo monopolistico nel sistema delle fonti, data la presenza del *common law*⁸⁴. Si pensi, in materia di corruzione, alla esistenza di alcune fattispecie di *common law*, come la *misconduct in a public office*, che incidono tutt'ora, nonostante la vasta opera di abrogazione compiuta in occasione dall'entrata in vigore del *Bribery Act*, sul sistema delle fonti in materia. Ad ogni buon conto, non si può sottovalutare la forte influenza armonizzatrice, anche in campo penale, compiuta ad opera della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Infatti, si riscontra nell'ordinamento inglese una crescente sensibilità per il principio di legalità e per la legittimazione democratica delle fonti in campo penale⁸⁵.

Dall'altro lato, non bisogna trascurare la rilevanza dell'attribuzione di poteri discrezionali in capo a particolari soggetti istituzionali, la cui portata sarebbe inconcepibile nel nostro sistema giuridico⁸⁶. Senza poter qui scendere nel dettaglio dell'analisi sul funzionamento del sistema della discrezionalità dell'azione penale⁸⁷, basti ricordare la celeberrima, e costantemente citata, affermazione di *Sir Hartley Shawcross, Attorney General* nel 1951, che durante un dibattito della *House of Commons* affermò che: "*It has never been the rule in this country—I hope it never will be—that suspected criminal offences must automatically be the subject of prosecution*"⁸⁸, evidenziando

⁸⁴ PALAZZO-PAPA, op. cit., p. 216.

⁸⁵ IBID., p. 219.

⁸⁶ IBID., p. 216.

⁸⁷ Cfr. ASHWORTH, *The criminal process. An evaluative study*, Oxford, 1998; DELMAS-MARTY (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2002; EDWARDS, *The Law Officers of the Crown*, Londra, 1964; EDWARDS, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, Londra, 1984; FIONDA, *Public Prosecutor and Discretion. A comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1995; HOOPER-ORMEROD ET AL., *Blackstones's Criminal Practice*, Oxford, 2012; JOINT PROSECUTION GUIDANCE *on the Bribery Act*; MINISTRY OF JUSTICE GUIDANCE, *Section 9 of the Bribery Act, Quick Start Guide*; ROGERS, *Reconstructing the Exercise of Prosecutorial discretion In England*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, n. 4, 775; THE ROYAL COMMISSION on Criminal Procedure, *Report*, Londra, 1981; THE ROYAL COMMISSION on Criminal Procedure, *The investigation and prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The law and Procedure*, Londra, 1981; SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, Presses Universitaires de France, 1998; SPENCER, *Fiat justitia, ruatque concordia cum arabe?*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, 456; SPENCER, *Case Comment. Controlling the discretion to prosecute*, in *Cambridge law Journal*, 2012; SPRACK, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, Oxford, 2011; WILCOX, *The Decision to prosecute*, Londra, 1972.

⁸⁸ HC Deb 29 January 1951 vol 483 cc 679.

così come il meccanismo del *selective enforcement* sia profondamente radicato e diffuso nel sistema penale inglese.

Con particolare riguardo al *Bribery Act*, occorre segnalare innanzitutto che la sect. 10, infatti, disciplina la materia del *consent to prosecution*. Con tale terminologia si fa riferimento, in determinate ipotesi, alla necessità di richiedere un consenso a ben individuati soggetti istituzionali prima dell'esercizio dell'azione penale. In materia di corruzione, le leggi del 1889 e del 1906 prima ricordate, avevano previsto la necessità del consenso dell'*Attorney General* (AG). L'AG è uno dei *Law Officers of the Crown* e svolge un ruolo di consigliere della Corona e del Governo in materia legale per quello che concerne l'Inghilterra e il Galles. Inoltre, possiede notevoli poteri di intervento e di arresto del procedimento penale. Dopo la ratifica della Convenzione OCSE in materia di corruzione, si ritenne che in casi politicamente sensibili, come appunto quello della corruzione, fosse opportuno richiedere il consenso per l'esercizio dell'azione penale a soggetti che non fossero così vicini al Governo, come appunto l'*Attorney General*⁸⁹. In ogni caso, date le peculiarità con cui si organizzano i diversi uffici dei *prosecutors*, si è ritenuto che la decisione dovesse essere presa a un livello alto della gerarchia e, in particolare, dal *Director of Public Prosecutions* (DPP)⁹⁰, dal *Director of the Serious Fraud Office* (SFO)⁹¹, o dal *Director of Revenue and Customs Prosecutions*⁹².

Occorre poi ricordare che tutti i *prosecutors* di Inghilterra e Galles sono soggetti al *Code for Crown Prosecutors*⁹³ che stabilisce gli standard applicabili al *Crown Prosecution Service*. Il codice costituisce una vera e propria guida per la scelta relativa all'esercizio

⁸⁹ Con riferimento al rischio di interferenze politiche sulla attività dei *prosecutors*, è possibile citare il caso *Al Yamamah* che è stato al centro di un acceso dibattito tra i giuristi inglesi (cfr. SPENCER, *Fiat justitia, ruatque concordia cum arabe?*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, 456). Il caso riguardava un asserito fatto di corruzione che coinvolgeva la società *BAE Systems Ltd* e figure influenti dell'Arabia Saudita. Il Governo Saudita esercitò la sua pressione diplomatica su quello inglese per interrompere le indagini. Sulla vicenda intervenne, successivamente, il Primo Ministro inglese rivolgendosi all'AG per accogliere le richieste saudite poiché il caso avrebbe potuto comportare delle rotture nei rapporti di cooperazione tra l'Inghilterra e l'Arabia Saudita nella lotta al terrorismo mettendo, peraltro, in pericolo la sicurezza nazionale. A sua volta, l'AG si rivolse al direttore del SFO che, sebbene inizialmente oppose una certa resistenza, accolse infine la richiesta di interrompere le indagini. Nonostante si fosse sviluppato un acceso contrasto sul caso, la *House of Lords* confermò la decisione del direttore del SFO. Infatti, la decisione di questa considerò che il meccanismo della discrezionalità dell'azione penale potesse portare a considerare anche questioni di politica pubblica. Sul caso, la dottrina inglese ha aperto un acceso dibattito, specie con riferimento alle possibili distorsioni del sistema.

⁹⁰ Il DPP è stato creato nel 1879 ma, grazie al *Prosecution of Offences Act 1985*, è stato notevolmente potenziato. Il DPP si dà carico dei procedimenti iniziati dalla polizia ed è nominato con atto dell'*Attorney-General*. (cfr. DELMAS-MARTY -a cura di-, *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2002, p. 237).

⁹¹ Il SFO è un ufficio composto da un gruppo di specialisti che si occupa di reati molto gravi ma, a differenza del *Crown Prosecution Service* (CPS), non solo può iniziare l'azione penale, ma può anche procedere con le indagini (cfr. SPRACK, op. cit., p. 75).

⁹² E' opportuno, comunque, specificare che le considerazioni concernenti i profili della discrezionalità dell'azione penale e il ruolo svolto dalle agenzie dei *prosecutors* devono essere riferite al sistema dell'Inghilterra e del Galles e non anche a quello della Scozia e dell'Irlanda del Nord per i quali dovrà essere richiesto il consenso ad altri soggetti istituzionali.

⁹³ Il codice è reperibile in http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/.

dell'azione penale. In particolare, sono due i requisiti da considerare. In primo luogo, è necessaria la presenza di prove sufficienti (*the evidential stage*), in secondo luogo, quella di un pubblico interesse (*the public interest stage*).

Con riferimento specifico al *Bribery Act*, il *Director of the Serious Fraud Office* e il *Director of Public Prosecutions* hanno pubblicato una guida specifica per l'esercizio dell'azione penale in tema di corruzione, la c.d. *Joint Prosecution Guidance*⁹⁴. Tale guida evidenzia che anche nei casi di corruzione il *Code for Crown Prosecutors* debba essere integralmente applicato, con la peculiarità che dato che la corruzione costituisce una *serious offence*, l'elemento del *public interest* dovrà essere considerato tendenzialmente sussistente. La *Joint Prosecution Guidance*, ad ogni buon conto, si preoccupa di fornire delle note esplicative con riferimento alle singole sezioni del *Bribery Act*, in modo tale da poter orientare la scelta in merito al *prosecutorial decision-making*, tentando di dissipare possibili dubbi relativi alla corretta interpretazione delle disposizioni normative.

Il *selective enforcement* può, pertanto, condizionare in maniera significativa il rapporto tra la previsione astratta del tipo criminoso e la concreta repressione delle condotte vietate. In altre parole, il meccanismo del *selective enforcement* finisce per condizionare anche il modo in cui sono scritte le fattispecie incriminatrici demandando al momento applicativo la precisa identificazione dei comportamenti effettivamente meritevoli di sanzione⁹⁵. Proprio contando sul filtro che in concreto opererà tramite il *selective enforcement*, infatti, il legislatore è portato a forgiare fattispecie dai confini particolarmente ampi e talora indeterminati. Norme incriminatrici come quelle presenti nel *Bribery Act* sono manifestazione di tale opzione di *legal drafting* tecnica: la dottrina inglese le ha addirittura qualificate come "prosa legislativa torrentizia"⁹⁶.

9. Conclusioni.

Lo studio comparatistico del *Bribery Act* 2010 è di grande interesse per il giurista italiano, soprattutto a seguito della recente riforma dei reati di corruzione, oggetto tutt'oggi di un vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Guardare al di fuori dei confini nazionali può essere utile per prendere consapevolezza di come altri Paesi affrontino esigenze di tutela spesso comuni. Questo elemento, chiaramente, non deve spingere l'interprete a operare asettiche trasposizioni da un sistema all'altro senza tenere in dovuta considerazione le peculiarità degli ordinamenti di volta in volta considerati.

⁹⁴ La *Joint Prosecution Guidance* è reperibile in <http://www.sfo.gov.uk/bribery--corruption/corporate-self-reporting.aspx>.

⁹⁵ PALAZZO-PAPA, op. cit., p. 221.

⁹⁶ Si veda in proposito PALAZZO-PAPA, op. cit., p. 220; SPENCER, *The drafting of criminal legislation. Need it be so impenetrable?*, in *Cambridge law Journal*; 2008, p. 585.

L'impatto del *Bribery Act* va, dunque, valutato tenendo conto di tre fattori fondamentali: *forte anticipazione della tutela penale, modello unitario di tutela e discrezionalità dell'azione penale*.

Come si è visto, infatti, le fattispecie descritte hanno confini molto ampi e comprendono condotte di corruzione pubblica e privata. Si tratta di fattispecie autonome monosoggettive che accordano rilevanza penale già ad atti unilaterali di istigazione alla corruzione attiva e passiva. L'incontro delle volontà non è, dunque, necessario per integrare le fattispecie di *bribery*, è sufficiente la mera sollecitazione o offerta di una tangente. L'elemento di maggior distacco dal paradigma oggettivistico di diritto penale è però, come si è opportunamente notato⁹⁷, l'equiparazione *quod poenam* della condotte unilaterali a quelle bilaterali. Assume pertanto rilevanza l'*intentio* del reo, rispetto all'offesa al bene giuridico. A ciò si aggiunga che non si fa riferimento, nel *Bribery Act*, ad un atto d'ufficio quale oggetto della dazione o promessa indebita, ma allo svolgimento di una "funzione" nella fattispecie di corruzione pubblica, o di un'"attività" in quella di corruzione privata.

Il modello di tutela è marcatamente unitario per abbracciare la fenomenologia corruttiva in tutte le sue possibili manifestazioni. In secondo piano resta, invece, la diversità dei beni giuridici tutelati che in dottrina non è negata, ma viene ridimensionata in nome di esigenze di tutela analoghe. Peraltro, il fenomeno delle privatizzazioni ha spinto il legislatore inglese a predisporre delle vere e proprie "fattispecie-fiume" dai confini molto ampi, tali da far ritenere, ad una prima lettura, che il sistema penale inglese sia tra i più repressivi all'interno dei sistemi europei.

Questo dato deve però essere accordato con il meccanismo del *selective enforcement*: la combinazione dei due fattori dimostra che l'applicazione della norma penale nel Regno Unito, è propriamente un'applicazione selettiva, malgrado l'ampiezza della fattispecie incriminatrice astratta. Come si è evidenziato, profili processuali sono in grado di condizionare non solo l'applicazione concreta della norma penale sostanziale, ma anche, a monte, la stesura della stessa da parte del legislatore, che avrà piena contezza del fatto che la fattispecie verrà, appunto, applicata selettivamente.

Giova rilevare, in conclusione, che nonostante la scarsa applicazione giurisprudenziale del *Bribery Act*, l'attenzione sulla riforma rimane alta, riponendo, la dottrina e la stessa opinione pubblica, notevoli aspettative sulla sua applicazione ed efficacia pratica.

⁹⁷ MONGILLO, op. cit., p. 417.