



## **DIRITTO PENALE E APPALTI PUBBLICI: UNA *LIAISON* *DANGEREUSE***

L'entrata in vigore del nuovo "Codice degli Appalti Pubblici", d.lgs. 50/2016, ripropone antiche questioni e offre nuovi orizzonti allo studio del rapporto tra diritto penale e Pubblica Amministrazione.

In primo luogo, occorre comprendere la disciplina di dettaglio, costituita da un articolato complesso e non sempre di agevole comprensione, anche in virtù delle numerose intersezioni tra disciplina comunitaria, normativa interna e *soft laws*, quali i regolamenti e le linee guida dell'Autorità Anticorruzione e dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, chiamate dal legislatore a giocare un ruolo di primo piano nelle vicende che ci impegnano.

Attorno a queste tematiche, si sviluppano questioni dogmatiche di non poco momento, tanto per gli studiosi del diritto amministrativo, quanto per i cultori della materia penale.

Da un lato emerge un tema "classico", legato alla centralità del rapporto tra sanzioni penali e disciplina amministrativa, che a partire dal Codice Rocco attraversa l'intera vicenda repubblicana, come testimoniano i numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti nel corso dei decenni, fino a giungere ai giorni nostri.

Dall'altro lato, vi sono elementi di assoluta novità: assistiamo ad una implementazione costante di quello che si presenta ormai come un nuovo settore dell'ordinamento giuridico, caratterizzato dalla presenza di una disciplina punitiva "mista" penale-amministrativa, rivolta indifferentemente a soggetti individuali e collettivi.

In quest'ambito, il decreto 231 accanto al d.lgs. 231/2001, che costituisce un *corpus* normativo ormai entrato nel lessico comune tanto degli studiosi di diritto amministrativo, quanto dei penalisti, sembra ripercorrere le orme del Codice Penale, rappresentando il perno di un sistema che si sviluppa in gran parte all'esterno di esso.

Ad una attenta analisi, infatti, la normativa che per prima ha portato al superamento del *Societas delinquere non potest* appare oggi in larga parte superata da altri provvedimenti, sui quali è utile soffermarsi per comprendere gli elementi fondamentali della questione che in questa sede si intende trattare.

Si prenda in considerazione il "Codice Antimafia", d.lgs. 159/2001, nella parte in cui si regola la disciplina delle cd. "interdittive antimafia".

Ci troviamo di fronte a misure di prevenzione, di natura formalmente amministrativa, pensate per imprese ontologicamente criminali, che rappresentano lo schermo che permette a soggetti legati alla criminalità organizzata di partecipare alla vita economica lecita, ottenendo appalti – o subappalti – dalla Pubblica Amministrazione.

L'origine di questa disciplina, nata per colpire aziende fittizie, che costituiscono una mera propaggine delle associazioni di tipo mafioso, ne giustifica il rigore repressivo: è sufficiente infatti che vi sia un mero sospetto di infiltrazione, per escludere l'azienda da ogni bando pubblico e revocare i contratti in essere, relegandola così al di fuori del consesso economico lecito.

Come recentemente osservato in un incontro modenese da Raffaele Cantone, Presidente dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), si tratta di una normativa estremamente rigida, che mal si concilia con il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa in contesti economici di tipo lecito, come quelli che caratterizzano le regioni produttive del nord Italia.

Al salire della "linea della palma" – espressione con la quale si indica l'espansione verso nord dell'area di influenza delle organizzazioni mafiose – ovvero, per riprendere un'efficace metafora di Leonardo Sciascia, della "linea del caffè ristretto, del caffè concentrato", la

repressione della criminalità organizzata si arricchisce di nuove problematiche e gli strumenti “rigidi”, sottoposti a tensioni impensabili al momento della loro introduzione nell’ordinamento, mostrano crepe evidenti.

Così, imprese con decenni di storia e migliaia di dipendenti si trovano improvvisamente a fare i conti con il rischio concreto di dissolversi in pochi mesi, per il solo fatto che ad un apicale venga recapitato un avviso di garanzia, senza che vi sia per esse un effettivo diritto di difesa.

Gli effetti di una interdittiva antimafia sono immediati e irreversibili, soprattutto per quei soggetti economici che si trovano ad operare prevalentemente, in via diretta o indiretta, con la Pubblica Amministrazione: tutti i contratti pubblici in essere debbono essere immediatamente risolti dalle Stazioni appaltanti e l’impresa non può più partecipare ad alcuna gara ad evidenza pubblica.

Nonostante si tratti di un provvedimento ad altissimo contenuto afflittivo, come tale astrattamente rientrando nella nozione di *matière pénale*, per come definita dalla Corte EDU, il vaglio sull’emissione di una misura interdittiva antimafia è sottratto al sindacato del Giudice penale: il provvedimento interdittivo viene emesso dal Prefetto, che decide all’esito una sommaria istruttoria, ed è ricorribile al Tar e, in ultima istanza, al Consiglio di Stato.

Alcune di questi elementi li ritroviamo anche nella disciplina prevista dall’art. 32 del d.l. 90/2014, cd. “Legge Cantone”.

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari”, è stato emanato dal Governo “ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire *un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell’evento Expo 2015*”, e contiene una ricca serie di disposizioni in materia di appalti pubblici, oltre ad intervenire sui processi di informatizzazione del processo civile, amministrativo e tributario.

Si tratta di una disciplina finalizzata a rafforzare i poteri del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di gestione degli appalti pubblici, nonché ad evitare che l’avvio di una indagine su fatti di corruzione relativi alla gestione di appalti possa bloccare la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Nell’ambito dell’articolato, come si legge nella Relazione al Disegno di Legge n. 2486/2014, di conversione in legge del decreto 90/2014, l’art.32 “*introduce misure volte a far sì che in presenza di indagini per delitti di particolare gravità ai danni delle pubbliche amministrazioni, ovvero in presenza di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad imprese aggiudicatrici di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture il presidente dell’ANAC sia dotato di incisivi poteri propositivi nei confronti del Prefetto*” .

In particolare, essa conferisce al presidente dell’Authority, in presenza di alcuni indizi sintomatici di reati di corruzione – nozione che deve essere intesa *lato sensu* – che siano stati commessi nell’ambito di un’impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, il potere di chiedere al Prefetto competente di ordinare la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto o dei soggetti coinvolti.

Qualora l’impresa non si adegui entro il termine di trenta giorni, ovvero nei casi più gravi, il Prefetto provvede direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto d’appalto oggetto del procedimento penale, nominando uno o più amministratori, in un numero comunque non superiore a tre.

Nei casi ritenuti meno gravi, ossia quelli in cui le indagini riguardano soggetti diversi dagli organi sociali, può essere disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell’impresa, con la conseguente nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre.

La norma, che ha avuto già significative applicazioni (Maltauro S.p.A, Consorzio Venezia Nuova, CPL Concordia) presenta notevoli problemi di raccordo sia sotto il profilo procedurale – in particolare nel rapporto tra Autorità amministrativa e magistratura penale – sia sotto il profilo sostanziale.

Invero, l’intera disciplina sinora esposta presenta evidenti deficit sotto il profilo sistematico.

Da un lato è scarsissimo il raccordo con il d.lgs. 231/01, che all'art. 15 prevede la possibilità per il Giudice di nominare un commissario giudiziale in luogo dell'applicazione di una sanzione interdittiva, ai fini di garantire la prosecuzione dell'attività dell'ente.

Dall'altro, la disciplina ANAC presenta un deficit di coordinamento con quanto previsto dal d.lgs. 159/2011 in materia di documentazione antimafia, tanto che di recente si è verificato il caso di una grande società Cooperativa, coinvolta causa delle condotte criminose contestate ad alcuni dirigenti, in vicende giudiziarie per fatti di criminalità organizzata e reati contro la Pubblica Amministrazione, la quale, dopo essere stata destinataria di una interdittiva antimafia, è stata successivamente commissariata ai sensi dell'art. 32 del d.l. 90/2014.

Il secondo provvedimento, emesso come il primo dallo stesso Prefetto, ha avuto l'effetto di "congelare" il portato della comunicazione antimafia negativa, permettendo alla Società di proseguire l'esecuzione dei numerosissimi appalti pubblici ed evitandone la messa in liquidazione.

Al di là degli evidenti effetti positivi raggiunti, quali l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dei contratti di appalto, nonché la salvaguardia del diritto all'impiego dei dipendenti della società, la vicenda in esame ha palesato l'esistenza di un conflitto, tutt'altro che latente e teorico, tra interessi che trovano ampia copertura nella Carta Costituzionale, i cui criteri di risoluzione non sono oggi rinvenibili nel dato normativo.

Infine, non possiamo fare a meno di osservare che il rigore della disciplina sostanziale al quale si accompagna una disciplina processuale priva delle garanzie tradizionalmente offerte dalla giurisdizione penale, dimostra come nel legislatore contemporaneo si sia completamente perso l'intento che muoveva i compilatori del decreto 231, i quali, anche per sottrarsi a possibili censure di costituzionalità, miravano a garantire un giusto equilibrio tra esigenze repressive e sistema di garanzie – *in primis* procedurali – riconosciuto agli enti collettivi.

\* \* \*

Un ulteriore tassello di questo ricco mosaico è rappresentato dal nuovo "Codice degli Appalti".

Con il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, il legislatore ha introdotto una profonda riforma dei contratti pubblici.

Mano a mano che si procede con la lettura del complesso articolato, emergono numerosi punti di intersezione con la materia penale, che viene ad essere oggetto di frequenti richiami. In primo luogo, giova esaminare quelli che sono i rapporti tra disciplina degli appalti pubblici e diritto penale in senso stretto; successivamente ci diffonderemo sulle vicende della responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi.

Il legislatore ha considerato la possibilità che nell'ambito di una impresa che ha rapporti con la Pubblica Amministrazione vengano commessi reati in diverse parti del Codice e, in particolare, lo ha fatto sia con riferimento alla fase genetica dell'appalto, sia con riferimento alla sua esecuzione.

Si occupa del primo aspetto la Sezione II del Codice, rubricata "Selezione delle offerte", nell'ambito della quale assume particolare rilievo l'art. 80 del decreto 50/2016, che disciplina i casi di esclusione degli operatori dalla partecipazione a una procedura di appalto o concessione.

La norma, costruita quasi interamente con rinvii alla disciplina penale, stabilisce al comma 1 che costituisce motivo di esclusione: *"la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati,*

previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”.

Dunque, qualora un “operatore economico”, per come definito dall'art. 3, c. 1, lett. p), abbia riportato una condanna per delitti di criminalità organizzata, reati contro la pubblica amministrazione, corruzione tra privati, ovvero per delitti di terrorismo, tratta di esseri umani e riciclaggio – compreso il discusso reato di autoriciclaggio – esso viene ad essere automaticamente escluso dalla procedura di assegnazione dell'appalto.

La stessa sorte alla quale andrà in contro, ai sensi del comma 2, un operatore economico nei confronti del quale sussistano cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto.

La norma in parola, tuttavia, si pone in rapporto di complementarietà con il Codice Antimafia, prevedendo espressamente che: “resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia”.

Poiché sono decisamente minoritari i casi in cui il soggetto che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica sia una persona fisica, assume rilievo centrale il dettato del comma 3 dell'art. 80, dedicato agli enti collettivi.

In forza di tale norma: “L'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima”.

Si tratta di una previsione estremamente rigorosa.

Concentriamoci sulla disciplina delle società di capitali e dei consorzi: in questo caso l'esclusione di cui al comma 1 viene disposta nel caso in cui la sentenza di condanna, anche ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ovvero il decreto penale di condanna siano stati emessi: a) nei confronti di un consigliere di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza; b) dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, direzione o controllo; c) del direttore tecnico; d) del socio unico persona fisica; e) del socio di maggioranza in società con meno di quattro soci.

L'esclusione e il divieto di partecipare alla gara operano anche nel caso in cui i soggetti di cui sopra siano cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, *“qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata”*.

Il diritto penale interseca il Codice degli Appalti anche nella fase della valutazione delle offerte di gara, nell'ambito della quale assume rilievo il cd. *“rating di impresa”*, una nozione di nuovo conio, destinata a impegnare aziende, studiosi e operatori economici nel corso dei prossimi mesi.

Prevede l'art. 83, c. 10 del Codice che: *“è istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti”*.

In buona sostanza, nell'ambito dei criteri di qualificazione di una impresa nelle gare ad evidenza pubblica, avrà un ruolo di primo piano il suo *curriculum*, nell'ambito del quale, oltre ad elementi di tipo strettamente economico, quali la regolarità contributiva e previdenziale, gli eventuali ritardi accumulati nell'esecuzione di appalti precedentemente aggiudicati, il rispetto dei preventivi di spesa, entra a pieno titolo anche il *curriculum* criminale, che abbraccia numerose ed eterogenee ipotesi di reato.

Come evidenzia il richiamo diretto al ruolo dell'ANAC, rileverà il coinvolgimento dell'ente in vicende corruttive od estorsive, anche nella prospettiva di una omessa denuncia di fatti delittuosi appresi nell'esercizio dell'attività di impresa, commessi da aziende subappaltatrici, da fornitori, ma anche dall'azienda stessa, la quale potrà trovarsi dinnanzi ad un dubbio amletico, dovendo scegliere tra denunciare sé stessa – rischiando di trovarsi esposta, tra l'altro, alle misure interdittive previste dal d.lgs. 231/01 – o adempiere alle previsioni dell'art. 83 del Codice, per mantenere il proprio *rating* ed evitare le sanzioni amministrative da esso previste.

Ma vi è di più.

La norma rinvia direttamente alla disciplina del cd. *“rating di legalità”*, introdotto dall'art. 5 *ter* del d.l. 1/2012, per come modificato dalla legge di conversione, n. 27 del 24 marzo 2012.

La norma recita: *“Al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating*

*attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione dei finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta”.*

A dare attuazione a tale previsione è intervenuta l'AGCM, che con delibera del 14 novembre 2012, n. 24075 ha stabilito, all'art. 2, c. 2, che l'impresa la quale intenda ottenere il rating deve dichiarare, con riferimento agli aspetti strettamente “penalistici”: “a) se impresa individuale, che nei confronti del proprio titolare e del direttore tecnico non sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito nella legge 11 novembre 1983, n. 638; che non è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203; b) se impresa collettiva, che nei confronti dei propri amministratori, del direttore generale, del direttore tecnico, del rappresentante legale nonché dei soci persone fisiche titolari di partecipazione di maggioranza, anche relativa, non sono state adottate misure di prevenzione personale e/o patrimoniale e misure cautelari personali e/o patrimoniali e non è stata pronunciata sentenza di condanna, o emesso decreto penale di condanna, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per i reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati tributari di cui al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 e successive modifiche, per i reati di cui agli articoli 346, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 e 356 del codice penale e per il reato di cui all'art. 2, commi 1 e 1 bis del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito dalla legge 11 novembre 1983, n. 638 ; che non è stata iniziata l'azione penale ai sensi dell'articolo 405 c.p.p. per delitti aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203;c) che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna e non sono state adottate misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.

Inoltre, a norma del c. 3: “Il rating di legalità non potrà essere rilasciato alle imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità o nei cui confronti sia stato disposto il commissariamento di cui all'art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge dall'articolo 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114”.

Si tratta, come evidente, di previsioni assai stringenti, che mettono assieme elementi tra loro eccentrici, quali la commissione di reati contro la pubblica amministrazione, gli illeciti amministrativi ex d.lgs. 231/01 – che abbracciano ormai un vasto ed eterogeneo numero di reati presupposto – e la normativa antimafia.

Una normativa così severa si giustifica senz'altro nell'ottica di voler premiare le imprese maggiormente virtuose – come era nell'intenzione del legislatore al momento dell'introduzione del rating di legalità – ma allo stesso tempo può apparire eccessivamente penalizzante se applicata come criterio di qualificazione di una impresa in una gara ad evidenza pubblica – come può essere interpretato il rating di impresa ex art. 83 d.lgs. 50/2016.

Spetterà all'ANAC individuare il punto di equilibrio tra queste diverse esigenze: entro la metà di luglio di quest'anno – ossia entro tre mesi dall'entrata in vigore della normativa – l'Autorità presieduta da Raffaele Cantone è chiamata infatti a promulgare specifiche linee guida che definiscano nel dettaglio i requisiti reputazionali e i relativi criteri di valutazione.

Sarebbe auspicabile, nel farlo, che l'*Authority* consideri, oltre alle vicende del passato, anche le misure di discontinuità intraprese dall'azienda, quali l'allontanamento dei soggetti coinvolti in indagini penali, il risarcimento del danno, il rinnovamento del *management*, l'avvio di azioni di responsabilità nei confronti dei precedenti amministratori, l'introduzione o la revisione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo regolati dal d.lgs. 231/2001, fino all'esito positivo delle misure di monitoraggio previste dal d.l. 90/2014.

Così facendo, un giudizio – legittimamente severo – espresso con riferimento a fatti del passato, potrebbe essere bilanciato da una comprovata revisione della politica di impresa, che porti l'azienda ad aderire ai cd. “protocolli di legalità”, e che consenta di ritenere che l'ente sia estraneo a fatti aventi rilievo penale e che – ragionevolmente – tale estraneità permarrà anche nel futuro prossimo.

Si tratta di un aspetto fondamentale.

Le Autorità preposte all'*enforcement* di discipline finalizzate ad estirpare fenomeni come quello corruttivo in un paese che vanta primati non invidiabili nel rapporto tra impresa privata e Pubblica Amministrazione, quali l'ANAC e l'AGCM, devono necessariamente svolgere una funzione di equilibrio tra esigenze premiali e funzioni punitive.

Questo, anche in considerazione della circostanza per cui, a differenza delle pene comminate all'autore o agli autori di specifiche fattispecie delittuose, quando si ha a che fare con la disciplina penale dei soggetti collettivi si deve sempre tenere in considerazione il fatto che la sanzione finisce sempre per essere una sanzione diffusa, i cui effetti ricadono su soggetti – persone fisiche e non giuridiche – del tutto incolpevoli, quali gli investitori e i soci, ma anche i dipendenti e le loro famiglie, fino ad arrivare, nei casi più gravi all'intero sistema economico nazionale, o a comparti estremamente significativi dello stesso.

[Scheda di introduzione all'incontro a cura di Tommaso Guerini]