

OTTOBRE 2012

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI: APPROFONDIMENTI

A cura del Dipartimento italiano
Corporate

Alessandro De Nicola
adenicola@orrick.com
Laura Cappiello
lcappiello@orrick.com
Ivan Rotunno
irutunno@orrick.com

In data 18 ottobre 2012, dopo un lungo iter parlamentare, il Senato ha approvato il maxi-emendamento al Disegno di Legge recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” (di seguito anche, “DDL”).

In attesa che la Camera dei Deputati approvi a breve il testo definitivo, riportiamo di seguito, alcuni spunti operativi per implementare il sistema di controllo interno della Vostra Società a fronte dei nuovi fattori di rischio introdotti dal DDL.

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un’analisi generale delle questioni in esso affrontate.

La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all’indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

1. INTRODUZIONE

Il fenomeno corruttivo è sempre stato concepito, anche dal nostro ordinamento giuridico, come raffigurabile prevalentemente, se non esclusivamente, nell’ambito dei pubblici poteri. In tal senso, anche il codice penale disciplina i reati di corruzione nel titolo dedicato ai reati contro la Pubblica Amministrazione.

L’aspetto privatistico della corruzione, o meglio, le forme corruttive che vengono perpetrate tra soggetti privati, sono state per la prima volta prese in considerazione dal legislatore nazionale in sede di riforma del diritto societario con la riformulazione degli articoli 2634 e 2635 codice civile¹ (Infedeltà patrimoniale e Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità) sulla spinta delle sollecitazioni internazionali². L’intervento del 2002 è stato da più parti giudicato troppo limitato rispetto il più ampio obiettivo fissato dagli impegni internazionali che ipotizzavano una fattispecie nella quale il reato di corruzione fosse posto in essere da parte di chiunque svolgesse funzioni direttive o lavorative per conto di una persona fisica o giuridica operante nel settore privato.

Inserendosi nello scenario sopra brevemente descritto, il DDL, proponendo una rivisitazione globale degli strumenti di contrasto alla corruzione, sembra prefiggersi l’obiettivo di colmare le lacune che presenta il nostro ordinamento, ad esempio mediante l’introduzione dell’**indebita induzione** e della **corruzione tra privati**.

¹ Come modificati dal D.Lgs. 61/2002.

² Su tutti si richiama la Convenzione di Bruxelles sulla lotta alla corruzione del 26 maggio 1997.

2. IL DDL E IL DLGS. 231/01

Il DDL apporta delle integrazioni al catalogo dei reati cd. presupposto della responsabilità amministrativa degli enti ex Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231; e precisamente:

- all'art. 25, comma 3, viene inserito il richiamo al nuovo art. 319-quater codice penale;
- all'art. 25-ter, comma 1, viene aggiunta la lettera s-bis) che richiama il nuovo delitto di corruzione tra privati nei casi di cui al nuovo terzo comma dell'art. 2635 codice civile.

I nuovi reati a cui fa rinvio il D. Lgs. 231/2001 sono pertanto i seguenti:

- Art. 319-quater c.p., *“Induzione indebita a dare o promettere utilità”*: *“1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni. 2. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”*.

L'introduzione dell'autonoma figura del reato di concussione per induzione sovverte l'originaria impostazione del Codice Penale che, come emerge dalla Relazione Ministeriale accompagnatoria, raggruppava in un'unica norma e sottoponeva alla stessa sanzione *“il costringere e l'indurre alcuno a dare o promettere indebitamente denaro od altra utilità”*. Il fatto costitutivo del reato in questo caso sarebbe rappresentato dalla coartazione della volontà del privato, che si realizza quando il pubblico ufficiale, abusando della sua qualità e dei suoi poteri, induce il privato a sottostare alle sue richieste.

La nuova formulazione, cui consegue la rimodulazione anche dell'art. 317 codice penale, ricalca il consolidato orientamento giurisprudenziale maturato in materia di concussione per induzione abbassando però i limiti edittali massimi³ e stabilendo la punibilità anche del privato che perfeziona la dazione dell'indebito.

- Art. 2635 c.c., *“Corruzione tra privati”*: *“1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocimento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. 2. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. 3. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. 4. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. 5. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi”*.

³ Questa circostanza ha spinto i primi commentatori, su tutti il Consiglio Superiore della Magistratura, a ritenere a rischio la tenuta del sistema punitivo per una condotta statisticamente tra le più ricorrenti in materia di corruzione.

Il DDL modifica la rubrica dell'art. 2635 codice civile, introducendo esplicitamente il richiamo alla corruzione tra privati, e subordina l'applicabilità della fattispecie al fatto che la condotta non costituisca più grave reato.

Rispetto la previgente formulazione si assiste:

- i) ad un allargamento della platea dei soggetti attivi, includendo anche i soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza altrui;
- ii) all'introduzione dell'autonoma rilevanza del comportamento del soggetto che effettua la dazione del denaro o di altra utilità.

Ulteriore elemento di novità è la rilevanza data alla violazione degli obblighi di fedeltà oltre agli "*obblighi inerenti al proprio ufficio*". Questa circostanza sembra confermare ancora una volta che la *ratio* incriminatrice della norma sia da ravvisarsi nell'esigenza di reprimere le forme di *mala gestio* connesse ad un fenomeno di deviazione dal buon andamento societario.

È inoltre disposto un inasprimento della pena, che prevede ora la reclusione da uno a tre anni, assegnando alla fattispecie di "corruzione tra privati" un carattere di maggior disvalore rispetto al reato affine di "infedeltà patrimoniale" (art. 2634 c.c.).

Va infine menzionato che, ai fini della responsabilità ex D.Lgs. 231/01, rileva il comportamento dei corruttori ossia di coloro i quali promettono denaro o utilità agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ai sindaci, ai liquidatori e alle persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti appena indicati.

Da ultimo si evidenzia la circostanza per cui il reato è procedibile d'ufficio, a differenza dell'attuale versione, qualora dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

3. PIANO ANTICORRUZIONE PER LE P.A.

Tra le disposizioni maggiormente innovative introdotte dal DDL è da annoverare l'obbligo in capo a ciascuna singola amministrazione pubblica di nominare un **Responsabile della prevenzione della corruzione** e di predisporre un **Piano di prevenzione della corruzione** che, da un lato, fornisca una valutazione del livello di esposizione al rischio di corruzione degli uffici e, dall'altro, indichi quali interventi organizzativi intraprendere per limitare detto rischio, accompagnato da un adeguato piano formativo.

Il DDL prosegue indicando le caratteristiche proprie del Piano e, precisamente:

- Individuare le attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione;
- Prevedere meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio corruzione;
- Introdurre specifici flussi informativi verso il Responsabile della prevenzione della corruzione;
- Monitorare il rispetto dei termini legislativi per la conclusione dei procedimenti;

- Monitorare i rapporti tra l'amministrazione pubblica e le sue controparti, con particolare attenzione alle cd. "parti correlate".

4. PROGRAMMA ANTICORRUZIONE.

L'ormai prossima promulgazione della legge anticorruzione obbligherà le società a intraprendere dei nuovi adempimenti per conformarsi al nuovo provvedimento; l'attività *de qua* dovrà porsi l'obiettivo di allineare il sistema di controllo interno della società alle *best practice* vigenti in materia al fine di dotare l'ente di un *corpus* normativo anticorruzione che, tra l'altro, renda maggiormente efficiente ed efficace l'attuazione del Modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

A tale scopo, analizzando le *best practice* sopra richiamate e le prassi consolidate in quegli Stati che hanno già da tempo emanato una normativa in materia di anticorruzione, si riportano le fasi nelle quali dovrebbe articolarsi un adeguato programma anticorruzione:

- Fase 1 – Analisi documentale

In questa fase, bisognerà effettuare un esame della documentazione aziendale rilevante *ratione materiae*. L'attività in questione, unitamente a quella descritta alla successiva fase, rappresenta un presupposto necessario per l'elaborazione di un *assessment* che fornisca una rappresentazione complessiva della realtà aziendale all'interno della quale individuare le criticità connesse al tema in esame.

- Fase 2 – Coinvolgimento delle funzioni chiave

Dovranno essere coinvolte (ad esempio mediante la compilazione di specifici questionari) le funzioni aziendali chiave, cioè quelle figure che potranno fornire elementi valutativi utili per la successiva attività di analisi dei rischi.

- Fase 3 – Valutazione dei rischi

L'attività qui descritta consisterà nella predisposizione di un documento di analisi dei rischi connessi al D.Lgs. 231/01 e alla materia della cd. *anticorruption*.

In particolare, sulla base della valutazione dei presidi, delle procedure, dei controlli e delle prassi esistenti all'interno della società, dovrà esser redatto un documento che evidenzierà le aree aziendali in cui maggiormente sussistono rischi di corruzione e indicherà (*gap analysis*) quali azioni correttive intraprendere.

- Fase 4 – Integrazione Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/01

Alla luce dell'attività sopra descritta, la società dovrà valutare l'opportunità di integrare il Modello organizzativo mediante la predisposizione di una nuova parte speciale i cui principi tengano conto degli esiti della valutazione dei rischi effettuata.

- Fase 5 – Redazione del Codice Anticorruzione

La società dovrebbe in ogni caso, sulla scia delle *best practice* straniere, anche a prescindere dalle valutazioni di cui alla precedente Fase 4, adottare un c.d. Codice Anticorruzione, volto ad integrare le previsioni del Codice Etico e del Modello

Organizzativo, allo scopo di fornire un quadro sistematico di riferimento degli strumenti normativi in materia anticorruzione, corredato da una specifica procedura per la comunicazione dei casi di sospetto di frode.

- Fase 6 – Formazione

Infine, la realizzazione di specifica attività formativa in materia *de qua* costituisce un elemento fondamentale, come sempre, per poter dimostrare l'efficacia sia del Modello Organizzativo sia del Programma Anticorruzione.