

Marco Rebecca

Avvocato in Treviso

Dottore di ricerca in diritto penale

Corruzione tra privati: ambito applicativo e profili problematici¹

In Italia il delitto di corruzione privata non è ancora *ius conditum*. Abbiamo solo una legge-delega, che si informa ad una decisione quadro comunitaria. Manca ancora il decreto delegato.

L'ordinamento europeo ha dedicato – fin dalla metà degli anni novanta - particolare attenzione alla lotta alla corruzione.

In una prima fase, è stata concentrata l'attenzione sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità contro possibili frodi:

- il 26 luglio 1995 è stata adottata la Convenzione diretta alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;
- il 27 settembre 1996 è stato adottato un protocollo finalizzato all'armonizzazione delle fattispecie e delle sanzioni penali in materia di corruzione ai danni degli interessi finanziari comunitari;
- del 26 maggio 1997, infine, è la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione.

Questi provvedimenti sono stati attuati dall'Italia mediante l'adozione della legge 29 settembre 2000, n. 300 che, tra l'altro, ha introdotto nel codice penale l'art. 322-bis in materia di peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.

Da anni si discute sulla introduzione del delitto di corruzione privata da affiancarsi alla corruzione classica. Nella corruzione privata i soggetti incardinati nell'impresa privata assumono la veste – non già di datori – ma di percettori di indebite utilità. Si pensi al caso del direttore di un ufficio acquisti di un'impresa che riceveva una tangente per privilegiare un fornitore rispetto ad un altro che magari aveva offerto lo stesso prodotto ad un prezzo più conveniente.

Nel 1998 l'attenzione delle istituzioni europee si è spostata proprio sul fenomeno della corruzione nel settore privato, contraria ai principi di apertura e di libertà dei mercati e, soprattutto, al valore della libera concorrenza.

¹ Relazione al Convegno "Diritto penale degli appalti pubblici" - Università degli Studi di Padova, 29 settembre 2008

Il primo atto in tale senso è stata l'azione comune 98/742/GAI del 22 dicembre 1998, che - agli articoli 2 e 3 - distingueva la corruzione privata in “attiva” e “passiva” a seconda che l’ “indebito vantaggio” fosse corrisposto o promesso – rispettivamente – su iniziativa del soggetto privilegiato ovvero della persona che compia od ometta un atto in violazione di un dovere.

In entrambi casi era espressamente previsto un dovere di penalizzazione a carico degli Stati “almeno” nel caso di potenziale “distorsione della concorrenza nell’ambito del mercato comune” e di potenziali “danni economici a terzi attraverso una non corretta aggiudicazione o una non corretta esecuzione del contratto”. L’evento di danno o di pericolo – inteso non in senso naturalistico, ma nell’accezione giuridica di offesa al bene tutelato – non era considerato, nella costruzione della norma incriminatrice statale, elemento indefettibile.

L’art. 8 della successiva decisione-quadro 568 del 22 luglio 2003 adottata dal Consiglio dell’Unione ha poi abrogato l’azione comune del 1998, ma nel contempo ha manifestato una evidente parentela concettuale e terminologica con lo strumento abrogato.

L’art. 2 della decisione quadro – rubricato, appunto, “corruzione attiva e passiva nel settore privato” - stabilisce al primo paragrafo che gli Stati membri hanno l’obbligo di incriminare - allorché siano compiute nell’ambito di attività professionali - le seguenti condotte:

a) promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un’entità del settore privato, affinché essa compia o ometta un atto in violazione di un dovere; e poi

b) sollecitare o ricevere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accettare la promessa di tale vantaggio, per sé o per un terzo, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un’entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere.

Il successivo paragrafo 3 stabilisce che uno Stato membro può dichiarare di volere limitare l’ambito di applicazione del paragrafo 1 alle condotte che comportano, o potrebbero comportare, distorsioni di concorrenza riguardo all’acquisizione di beni o servizi commerciali. In ogni caso la distorsione della concorrenza – quale elemento della fattispecie da costruire nei singoli ordinamenti nazionali – rimane, come nell’azione comune, solo eventuale.

Viene poi fissato il principio della responsabilità delle persone giuridiche, per fatti commessi a loro beneficio da persone fisiche che rivestano una posizione dirigenziale (e che, in particolare, siano

titolari di poteri di rappresentanza oppure di poteri decisionali o di controllo e salvo – naturalmente – l'esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone fisiche).

Quanto alle sanzioni, la decisione-quadro si limita a prevedere – art. 4, per le persone fisiche, “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive” e comunque “privative della libertà, di durata massima compresa almeno tra uno e tre anni e – art. 6, per le persone giuridiche, sanzioni pecuniarie “di natura penale o non penale” ed eventualmente altre sanzioni interdittive.

Infine, l'art. 3 della decisione-quadro prevede l'obbligo di penalizzazione sia del favoreggiamento sia dell'istigazione.

Nell'ordinamento italiano, l'iter di attuazione della decisione-quadro ha preso avvio (in ritardo, visto che ex art. 9, gli Stati avrebbero dovuto conformarsi alla decisione entro il 22 luglio 2005) con la legge 25 febbraio 2008 n. 34, la “legge comunitaria 2007”, che – all'art. 28 - contiene la delega al Governo per l'attuazione della decisione attraverso lo strumento del decreto legislativo (va peraltro rilevato che – inizialmente – il Governo aveva deciso di battere un'altra strada: infatti, il 13 giugno 2007 ha presentato alla Camera un disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003, che prevedeva l'introduzione – all'art. 513 ter c.p. del delitto di “corruzione in atti dei privati”. La norma, tuttavia, è stata in seguito stralciata e si è scelto di percorrere la strada della legge comunitaria).

L'art. 29 della legge comunitaria 2007, modificato nel corso dell'esame in Commissione al Senato, determina i principi ed i criteri direttivi per l'esercizio della delega:

Primo. Il Governo dovrà introdurre nel codice penale – e precisamente nel libro II, titolo VIII, capo II (delitti contro l'industria e il commercio) - una fattispecie criminosa che punisca con la reclusione da uno a cinque anni la condotta di chi, nell'ambito di attività professionali, intenzionalmente sollecita o riceve, per sé o per un terzo, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure accetta la promessa di tale vantaggio, nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di una entità del settore privato, per compiere o omettere un atto, in violazione di un dovere, sempreché tale condotta comporti o possa comportare distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali.

La struttura della fattispecie – come risulta dalla legge delega – riproduce, senza divergenze significative, il paradigma di corruzione privata delineato dalla decisione-quadro.

In secondo luogo, il Governo dovrà, poi, prevedere la punibilità con la stessa pena anche di colui che, intenzionalmente, nell'ambito di attività professionali, direttamente o tramite intermediario, dà, offre o promette il vantaggio di cui alla lettera a).

Infine, l'art. 29 lettera c) – sempre con sostanziale fedeltà al modello concordato in sede europea - vincola il Governo ad annoverare la corruzione privata fra i reati-presupposto la cui commissione fonda la responsabilità cosiddetta amministrativa degli enti, ai sensi del d. lgs. 231/2001, con le conseguenti sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti degli enti nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato.

Si è scelto, dunque, - come peraltro la decisione quadro e, prima ancora, l'azione comune consentivano espressamente - di includere nella fattispecie l'evento di pericolo di distorsione della concorrenza. Per converso, il legislatore non ha voluto incriminare l'accordo corruttivo in sé. La nuova norma incriminatrice (quando vedrà la luce) colmerà un vuoto di tutela oggi ancora riscontrabile nel nostro ordinamento giuridico-penale, che ancora si limita a colpire solo ipotesi singole di accordi illeciti (penso alla corruzione dei revisori - art. 174 ter t.u.f. o all'art. 2635 c.c. che punisce l'infedeltà degli amministratori, dei dirigenti, dei sindaci e dei revisori delle società. L'estensione dell'ambito applicativo del d. lgs. 231 tende a promuovere un processo di auto-responsabilizzazione degli enti, che, dunque, in funzione preventiva, avranno l'onere di adottare modelli di organizzazione e gestione che implementino e rendano effettivo il controllo interno.

*

Mi soffermo ora - brevemente - sulla questione dell'applicabilità della nuova fattispecie delittuosa alle società miste pubblico-private (introdotte dall'art. 22 L. 142/1990 ed oggi disciplinate dall'art. 113 T.U.E.L.), costituite tra enti locali - da una parte - e privati - dall'altra - per la gestione di servizi pubblici locali e che - come è noto - rappresentano solo una delle possibili modalità di erogazione del servizio pubblico previste dal quinto comma dell'art. 113.

L'iter complessivo di costituzione e di affidamento dell'attività alla società mista si articola in 3 momenti:

la deliberazione di costituzione di società (con determinazione delle quote di partecipazione, oltre che delle attività e delle finalità del futuro soggetto);

la redazione del bando di gara (che fissa requisiti, prestazioni accessorie, durata, diritti, oggetto dell'attività) per la selezione del socio privato cui attribuire una quota del capitale sociale stabilita nella misura che l'ente aggiudicatore ritiene più opportuna;

il provvedimento con cui l'ente aggiudicatore procede all'affidamento diretto dell'attività alla società mista.

Ora, ove l'accordo corruttivo si collochi all'interno di questo percorso (e, in particolare, nel momento della selezione del socio privato – selezione che, secondo la giurisprudenza, non può essere eseguita *intuitu personae* ma deve informarsi a criteri di trasparenza e di libera concorrenza) ricorrerebbe sì l'evento di danno o di pericolo richiesto dalla legge-delega, ma ben difficilmente il fatto potrebbe essere qualificato “corruzione privata”, proprio perché i soggetti dell'illecita pattuizione non sono entrambi privati. Il *pactum sceleris* in questione integrerebbe – a mio sommo avviso – il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, di cui all'art. 319 c.p.

Qualora, invece, l'accordo corruttivo si collochi nel successivo momento della esecuzione del servizio (pensiamo alla società mista che gestisca – ad esempio - il servizio mensa delle scuole ed ipotizziamo che i generi alimentari vengano acquistati da un fornitore che, a parità di prodotto, pratici prezzi più elevati di un altro e nondimeno venga “privilegiato” dietro pagamento di tangenti), l'applicazione della norma sulla corruzione privata non sembra avere evidenti controindicazioni.

Per restare all'esempio della mensa, i soggetti dell'illecita pattuizione sono entrambi privati e la pretermissione del terzo fornitore – che offriva la merce con il migliore rapporto qualità/prezzo – è l'indicatore dell'offesa al bene giuridico – la trasparenza e la libera concorrenza – la cui tutela costituisce la ratio della norma. Tuttavia, rimane la possibilità che il soggetto che incassa la tangente venga assimilato all'incaricato di pubblico servizio (dico “assimilato”, giacché nel nostro caso il servizio – a rigore – è gestito dalla società e non dalla persona fisica): se così fosse, si correrebbe un serio rischio di sovrapposizione tra la norma sulla corruzione privata e quella dell'art. 320 c.p., che incrimina la corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio.

In conclusione, è auspicabile che il decreto delegato operi una precisa azione di regolamento di confini, a beneficio della determinatezza della fattispecie, requisito non rinunciabile, attesa la scelta del legislatore di tutelare l'etica del mercato con lo strumento penalistico.