

La definizione di corruzione nella ISO 37001 e il quadro legislativo di riferimento

DEFINIZIONE PUBBLICO UFFICIALE

APPROFONDIMENTO: PUBBLICI UFFICIALI

Nella norma ISO 37001 la definizione è inserita ai punti 3.27 e A.21.

NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA BISOGNA FAR RIFERIMENTO AL CODICE PENALE:

ART. 357 C.P.: Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali (1) coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi (2).

Note

(1) Esempi di pubblici ufficiali sono l'ufficiale giudiziario, il consulente tecnico, il testimone, l'assistente universitario, l'ispettore sanitario di un ospedale, i membri della commissione edilizia comunale, il portalettere, i carabinieri ed gli agenti di Pubblica Sicurezza, il geometra tecnico dell'ufficio comunale.

(2) A differenza delle funzioni legislative e giurisdizionale che non danno luogo a problemi identificativi, la pubblica funzione amministrativa è stata la centro di numerosi dibattiti soprattutto al fine di costituirne una definizione in grado di specie per distinguerla con certezza dalle attività rientranti nel concetto di servizio pubblico. Tuttavia i parametri cui tale comma fa riferimento non sono scevri di problematiche, soprattutto per quanto riguarda i concetti di ordine pubblico e atto autoritativo, non pacifici in dottrina.

DEFINIZIONE PUBBLICO UFFICIALE

ART. 358 C.P.: Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio (1).

Per pubblico servizio (2) deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

Note

- (1) Sono tali ad esempio gli esattori di una società concessionaria dell'erogazione del gas, gli impiegati degli enti pubblici che prestano la loro collaborazione ai pubblici ufficiali nell'opera da questi espletata, il custode del cimitero, la guardia giurata che conduca un furgone portavalori, i presentatori-conduttori delle trasmissioni televisive.
- (2) Il pubblico servizio si identifica in quanto è assoggettato alla medesima disciplina della funzione pubblica, ma difetta dei poteri tipici che la connotano, quali quelli deliberativi, autoritativi e certificativi, senza però che si qualifichi come mera attività materiale. Si tratta dunque di una categoria residuale, comprensiva di tutti coloro che non possono definirsi né pubblici ufficiali (357), né esercenti un servizio di pubblica necessità (359).

DEFINIZIONE PUBBLICO UFFICIALE

Cass. n. 28412/2013

Va riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale al componente di una commissione istituita per il rilascio di concessioni per l'esercizio di pubblici servizi. (Fattispecie relativa a commissione istituita presso il CONI, per attribuire licenze per l'esercizio di attività di ricevitoria del totocalcio)

Cass. n. 15724/2013

Ha natura di funzione pubblica l'attività di riscossione delle tasse automobilistiche da parte di una delegazione dell'ACI. (Nella specie la Corte ha precisato che il gestore di fatto di una tale attività riveste la qualifica soggettiva di incaricato di un pubblico servizio).

Cass. n. 1739/2013

Riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio l'archivista di una questura che, occupandosi di protocollare le domande pervenute all'ufficio per poi consegnarle al funzionario, esercita un potere certificativo. (Fattispecie in tema di corruzione e falso in ordine al rilascio di permessi di soggiorno ed attività volte alla regolarizzazione di stranieri).

FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

LA NORMATIVA AMERICANA:

Il Foreign Corrupt Practices Act del 1977 è un atto adottato dal Congresso statunitense che proibisce alle società americane di corrompere funzionari stranieri con la finalità di ottenere o mantenere affari.

Il FCPA fa parte di un corpo normativo più ampio che mira a combattere condotte legate alla corruzione al di fuori del proprio ambito territoriale. In particolare godono di una disciplina analoga ai reati, quali il trasferimento di fondi all'estero con finalità di corruzione, i viaggi all'estero in connessione con il pagamento di tangenti, il trasporto di grosse somme di denaro senza la necessaria comunicazione alle autorità fiscali. Da tempo, inoltre, esistono negli Stati Uniti precise regole per i pagamenti ricevuti all'estero in cambio di licenze per l'utilizzo di tecnologia 'sensibile.

CONTESTO STORICO

Il FCPA nasce dall'inchiesta che avrebbe sollevato in seguito la questione dei pagamenti con finalità corruttive all'estero che iniziò nel luglio del 1973, quando il Watergate Special Prosecutor Archibald Cox chiese di comunicare volontariamente eventuali pagamenti illegali nella campagna elettorale presidenziale americana del 1972. Così emerse che numerose multinazionali avessero contribuito illegalmente alla campagna elettorale e avessero anche trasferito fondi a governi e a partiti politici stranieri.

Durante successive udienze tenute di fronte alla Camera dei Rappresentanti e al Senato fu prodotta un'ampia documentazione riguardante i rapporti illegali fra mondo economicofinanziario e vari Governi stranieri. Tali condotte furono definite contrarie non solo ai principi di una sana economia di libero mercato, ma anche alla politica estera statunitense in generale, la quale, sostenne il Senato, prevede il perseguimento degli interessi economici all'estero con metodi legali.

CONTENUTI FCPA

Il FCPA comprende due tipologie di disposizioni:

- 1) doppio livello di controllo della contabilità. Tutte le società attive sul mercato mobiliare statunitense devono mantenere in ordine i registri contabili sulla base di norme severe, in modo che possano essere facilmente ravvisabili pagamenti sospetti; inoltre, le società sono obbligate per legge a mantenere un sistema interno di controlli che vigili su eventuali irregolarità e differenze fra ciò che viene riportato nei libri contabili e l'effettivo flusso finanziario della società.
- 2) la norma bandisce il pagamento di tangenti a funzionari pubblici stranieri.

DESTINATARI

Il FCPA specifica che il pagamento, per risultare vietato, deve essere finalizzato alla corruzione; esso deve, cioè, servire a influenzare la decisione del funzionario straniero nell'espletamento dei suoi compiti ufficiali, inducendolo ad agire - o a non agire - in violazione dei doveri prescritti per legge in modo da assicurare un vantaggio ingiusto, o in modo da indurlo a influenzare a sua volta le decisioni di altri organi di governo stranieri. Inoltre, un atto risulta 'corrotto' se compiuto volontariamente ed intenzionalmente con il fine di raggiungere uno scopo illegale o uno scopo legale con metodi illegali.

I destinatari: ogni persona fisica o giuridica statunitense o residente negli Stati Uniti (domestic concern), ogni società che compra o vende titoli negli Stati Uniti (issuer), può essere chiamata a rispondere per sospette azioni di corruzione all'estero; sono inclusi dipendenti, agenti, azionisti e funzionari che agiscano per conto di quelli.

Le società che, pur controllate o possedute interamente da una società statunitense, erano state costituite all'estero o hanno all'estero la sede principale, ma vendono sul mercato mobiliare statunitense; ed anche, le persone fisiche diverse da funzionari, direttori, dipendenti, agenti o azionisti delle società incriminabili.

SANZIONI

Il FCPA impone sanzioni aspre al fine di scoraggiare i comportamenti illegali da parte di altri soggetti. Una persona giuridica rischia sanzioni fino a due milioni di dollari per ogni singola violazione; gli individui, invece, sono soggetti a multe fino a 100.000 dollari e al carcere fino a cinque anni (sempre per ogni singolo capo d'accusa per cui siano stati condannati). Inoltre, per effetto di altre leggi federali applicabili, la multa per le persone fisiche può raggiungere i 250.000 dollari; se il colpevole ha personalmente tratto vantaggio dal pagamento o ha creato una perdita per la società, la multa può raggiungere il doppio del valore del guadagno illegittimo o della perdita incorsa. Alle sanzioni di carattere penale, e senza considerare le pene per reati collegati, si aggiungono spesso sanzioni civili fino a 10.000 dollari (sia per le persone giuridiche sia per gli individui). Infine, per evitare che i singoli azionisti, amministratori, agenti o dipendenti di una società possano aggirare la responsabilità personale che il FCPA pone a loro carico, è fatto espresso divieto alle società di indennizzare i singoli individui che siano stati condannati per corruzione.

LA NORMATIVA INGLESE

Il Bribery Act disciplina i seguenti reati:

- corruzione di soggetti pubblici o privati (sia attiva che passiva)
- corruzione di un pubblico funzionario straniero
- mancata prevenzione della corruzione da parte della società.

Il Bribery Act prevede esplicitamente l'ipotesi autonoma di responsabilità degli enti nel caso in cui venga accertato che i reati di corruzione di pubblico ufficiale straniero siano commessi con il consenso o connivenza di un "senior officer" della società o altro soggetto che rivesta di fatto tale ruolo.

In questo caso, sia la società che il senior officer (o altro soggetto che agisca ricoprendo di fatto tale ruolo) sono responsabili penalmente e soggetti alle sanzioni previste dal BA.

In particolare, con riguardo alla responsabilità penale dell'impresa, si tratta di un'ipotesi di "strict liability" formulata attraverso il reato della mancata prevenzione della corruzione

ED ANCORA...

- Prevede due reati: quello di chi corrompe un'altra persona e quello di essere corrotto (reato attivo e passivo)
- Crea una nuova responsabilità per le aziende (strict liability) che non hanno creato un adeguato modello organizzativo atto a prevenire il reato. Procedure adeguate costituiscono una difesa per l'azienda in sede di giudizio
- Extraterritoriale: cittadini inglesi o residenti in Inghilterra o succursali inglesi o compagnie che hanno parte del business in Inghilterra

CORRUZIONE USA

2 trends differenti

- i casi relativi al finanziamento delle campagne elettorali (campaign contribution cases)
- casi di 'tangenti' (bribes, kickbacks, payoffs) a favore di pubblici funzionari, ai più diversi livelli dell'amministrazione

Da ciò derivano due differenti standard di giudizio

CAMPAIGN CONTRIBUTION CASES

La Corte Suprema in *McCormick v. U.S.*, estensore il Giudice White, ha fornito un'interpretazione restrittiva alla condotta corruttiva, poichè sono rilevanti, al fine della configurabilità di questo reato solo i pagamenti effettuati dietro l'esplicita promessa di realizzare o meno un determinato atto d'ufficio.

La Corte Suprema nella sentenza *McDonnell v. U.S.* (2016, decisione unanime, estensore il Giudice Roberts), ha escluso che il concetto di 'official act', quale corrispettivo di una dazione di denaro o altra utilità, sia riferibile a tipiche attività para-politiche quali l'organizzazione di meeting in sedi istituzionali e l'attività di intermediazione con soggetti terzi, anche all'interno dell'amministrazione pubblica.

Cresce il ruolo del finanziamento delle campagne elettorali, diminuisce l'enforcement della disciplina di contrasto della corruzione nei 'campaign cases'.

Nel 2010 *Citizen United v. Federal Election Commission* (estensore il giudice Kennedy) ha consentito a corporations, associazioni e sindacati di immettere enormi quantità di denaro nelle elezioni federali, a sostegno di o contro questo o quel candidato.

PUBLIC CORRUPTION

QUANTO VISTO PRIMA E' UN FENOMENO CIRCOSCRITTO ALLE IPOTESI DI CAMPAIGN CASES

"Chicago officials need to know that if they choose a path of corruption, the end of that path is a prison cell" le parole di Zachary Fardon, pubblica accusa, nel caso John Bill, manager dell'amministrazione comunale condannato per aver preso tangenti fino a 2 milioni di dollari.

Federal bribery (corruzione): elementi costitutivi del reato, che devono essere dimostrati in giudizio, sono:

- a) una cosa di valore è stata data, offerta o promessa a un pubblico funzionario (attuale o futuro), ovvero da questi domandata, richiesta, ricevuta o accettata;
- b) per compiere o avere compiuto un 'official act' (cioè in exchange for an official act);
- c) con la volontà di corrompere (corrupt intent) o di influenzare (o farsi influenzare).

IPOTESI DI REATO AFFINI

- 1) 'Illegal Gratuity': la promessa o la dazione dell'indebito sia fatta solo per un 'official act'
- 2) Corruzione come frode: ossia la frode ai danni di individui, determinati o indeterminati, che vengono privati del diritto individuale/collettivo a essere trattati in modo onesto da chi — pubblico funzionario o privato cittadino — ha il dovere giuridico di comportarsi onestamente e, in particolare, di non chiedere o accettare tangenti per compiere atti del proprio ufficio, nell'ambito della corruzione nel settore, rispettivamente, pubblico e privato
- 3) Extortion 'under color of official right' : 1) "Coercive extortion", richiede modalità violente di realizzazione del fatto (violenza fisica o morale, cioè minaccia), di grado però inferiore a quello che, annullando (e non meramente viziando) l'altrui volontà, integrerebbe la rapina (robbery); 2) "Extortion under color of office" chi, essendo o facendo finta di essere un pubblico funzionario, si fa dare o comunque riceve un'utilità da altri abusando di quella qualifica, reale o fittizia.

CONFINI SFUMATI

Di particolare interesse per l'osservatore italiano è: la distinzione tra corruzione ed estorsione realizzata dal pubblico funzionario, negli USA, si riproduce nella tradizione italiana nella "difficile definizione" del reato concussione (art. 317 c.p.), che ha recentemente ceduto parte del proprio ambito di applicazione alla nuova fattispecie di induzione indebita ex art. 319-quater c.p. Come mostra la sovrapposizione (overlap) tra le due figure, nell'Hobbs Act statunitense, quella distinzione si conferma ovunque difficile.

La problematica distinzione tra concussione/induzione indebita e corruzione si ripropone, seppur in modo diverso, anche in ordinamenti nei quali non è presente la concussione, per lo meno così come configurata nella nostra tradizione giuridica. Ciò conferma che anche l'eventuale abolizione della concussione non risolverebbe verosimilmente l'annosa questione, che si riproporrebbe, se non altro, in rapporto alla figura generale dell'estorsione.

ED ANCORA...

- GLI OPERATORI PRATICI DEL DIRITTO SI TROVANO A DOVER AFFRONTARE PROBLEMI GIURIDICI COMUNI
- DIFFUSIONE DI REATI CORRUTTIVI A LIVELLO TRANSNAZIONALE
- SI AVVERTE LA NECESSITA' DI FARE "FRONTE COMUNE" PER CONTRASTARE IL COMPIMENTO DI TALI REATI, ED E' NECESSARIO CHE GLI ORDINAMENTI DI CIASCUN PAESE SIANO IL PIU' POSSIBILE OMOGENEI TRA LORO

Il G.R.E.C.O. (Groupe d'Etats contre la Corruption) è un organismo istituito nel 1999 dal Consiglio d'Europa, al quale sono tuttavia ammessi anche Stati che non partecipano al Consiglio d'Europa medesimo, tra cui segnatamente gli Stati Uniti. Il suo scopo è quello di monitorare il livello di conformità delle legislazioni di ciascuno di essi agli standard anti-corruzione dell'organizzazione.

CRITICHE ALL'ITALIA

- 1) gli sforzi fatti per migliorare la disciplina del conflitto di interessi sono valutati insufficienti, così come criticata è l'assenza dell'adozione di misure contro il pantouflage, cioè contro quel fenomeno che si estrinseca nel passaggio del funzionario da un ruolo pubblico ad uno privato (e viceversa) e che comporta evidenti rischi di collusione, se non di vera e propria corruzione, tra le imprese e la Pubblica Amministrazione.
- 2) negativa è anche l'assenza di strumenti a tutela di quei soggetti che, in buona fede, denunciano fatti di sospetta corruzione all'interno della Pubblica Amministrazione (c.d. whistleblowers), i quali potrebbero svolgere un duplice funzione deterrente-preventiva e di individuazione dei reati.

MA SOPRATTUTTO...

Problema: “in cases of international bribery may weaken the effective application of the Convention”. La critica all'ordinamento italiano nasce dalla ricostruzione della fattispecie criminale, delineata sulla base della giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale il pubblico agente “nell'ipotesi di concussione deve aver creato o insinuato nel soggetto passivo uno stato di soggezione psicologica tale da eliderne la volontà e determinarlo così a dare o promettere indebitamente denaro o altra utilità per evitare nocumento”. Tuttavia il delitto di concussione può perfezionarsi anche in assenza di una sollecitazione o di una minaccia del pubblico agente, essendo il concetto di “induzione” assai lato. E' proprio questa portata ampia dell'art. 317 c.p., con conseguente non punibilità di quei soggetti che hanno pagato la “tangente” o che hanno arrecato al pubblico agente il vantaggio indebito, che preoccupa le organizzazioni internazionali: colui che per le convenzioni è un corruttore, per la legislazione italiana rischia dunque di essere considerato una vittima.

MOTIVI DELLA RIFORMA

La principale ragione, sottesa allo sdoppiamento dell'originaria fattispecie di concussione, è stata l'esigenza di tener conto delle raccomandazioni di carattere internazionale, provenienti in particolare dal rapporto sulla fase 3 dell'applicazione della Convenzione anticorruzione Ocse in Italia. In particolare il rapporto “Greco” ha segnalato la necessità di evitare che la previsione di cui al precedente art. 317 c.p., non conosciuta nelle restanti codificazioni europee, consentisse al corruttore di sfuggire alle sanzioni, presentandosi come vittima della concussione. La ragione dell'introduzione dell'autonoma fattispecie di cui all'art. 319-quater c.p. sta proprio nell'esigenza di evitare che si aprano spazi di impunità per il privato che effettui dazioni o promesse indebite di denaro o altra utilità ai pubblici funzionari, adeguandosi a prassi di corruzione diffusa in determinati settori.

ART. 318 C.P. “CORRUZIONE PER L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE” (CORRUZIONE IMPROPRIA)

“Il pubblico ufficiale* che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, riceve indebitamente per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da uno a sei anni”

*art. 320 c.p. estende anche all'incaricato di pubblico servizio

ASPETTI DELL'ART. 318 C.P. DOPO LA L.190/2012

La principale novità consiste nella scomparsa del necessario collegamento dell'utilità ricevuta o promessa con uno specifico atto, sostituito dal generico riferimento all' “esercizio delle funzioni e dei poteri” consentendo la repressione del fenomeno dell'asservimento della pubblica funzione agli interessi privati, laddove la dazione del denaro o di altra utilità non sia correlata al compimento o all'omissione o al ritardo di uno specifico atto, ma alla generica attività, ai generici poteri ed alla generica funzione cui il soggetto qualificato è preposto.

LA NUOVA FATTISPECIE PERDE IL SUO CARATTERE SINALLAGMATICO

ED ANCORA...

Viene meno anche qualsiasi riferimento alla “retribuzione” che presupponeva un rapporto sinallagmatico proporzionato tra le parti del pactum sceleris, laddove alla dazione o alla promessa dell'utilità doveva necessariamente corrispondere una controprestazione rappresentato dall'atto, determinato o determinabile, da parte del soggetto qualificato.

La riforma permette, oggi, di sanzionare penalmente anche i fatti di corruzione impropria susseguente attiva, prima non punibili. Infatti, la nuova formulazione dell'art. 318 c.p., facendo riferimento all'esercizio delle funzioni o dei poteri, e non più allo specifico atto, si pone quale norma incriminatrice generale dei fatti di corruzione.

ART. 318 C.P. NORMA CONTENITORE

L'art. 318 c.p. costituisce una lex generalis in grado di contenere:

- i fatti di corruzione impropria antecedente e susseguente ex art. 318 c.p. (contestualmente abrogato), estendendo la punibilità al privato corruttore anche nell'ipotesi susseguente (l'art. 321, che sancisce la punibilità del privato, richiama il nuovo 318 nella sua interezza, e il nuovo 318 non distingue fra corruzione antecedente e susseguente);
- i munuscula o regalie (art. 1, co. 44, l. 190/2012);
- rapporti clientelari (il pubblico ufficiale inserito a libro paga del privato ad esempio; il pubblico ufficiale che adotta una serie di atti e comportamenti assolutamente conformi alla legge, ma al fine di raggiungere un obiettivo del tutto diverso dall'interesse della PA).

PERFEZIONAMENTO DELLA FATTISPECIE

La condotta tipica corruttiva consiste nella ricezione del denaro o dell'utilità e nell'accettazione della promessa.

E' un reato a duplice schema, come avallato da Cass., Pen., SS.UU. Mills, n. 15208/2010 che si realizza attraverso l'accettazione della promessa a cui segue la dazione di denaro o dell'utilità oppure mediante l'accettazione di una promessa (anche non mantenuta). In quest'ultimo caso, il reato si perfeziona nel momento stesso in cui il pubblico ufficiale accetta la promessa dell'elargizione indebita, rimanendo irrilevante il successivo inadempimento da parte del privato a tale accordo. Nel caso, invece, in cui alla promessa segua la dazione, il momento consumativo è successivo e si realizza nel momento in cui l'utilità e il denaro vengono concretamente elargiti. Il dies a quo della prescrizione inizia dall'ultima elargizione.

CORRUZIONE PER ATTO CONTRARIO AI DOVERI D'UFFICIO 319 CP

“Il pubblico ufficiale*, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni”

*art. 320 c.p.

IN PARTICOLARE...

Sono **ATTI CONTRARI AI DOVERI D'UFFICIO** quelli illeciti, perché contrari a norme imperative, illegittimi perché contrari a norme giuridiche riguardanti la loro validità ed efficacia, ma anche quelli che, pur formalmente regolari, prescindono, per consapevole volontà del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, dall'osservanza dei doveri istituzionali, espressi in norme di qualsiasi livello, compresi quelli di correttezza e di imparzialità

DIFFERENZA TRA L'ART. 318 C.P. E L'ART. 319 C.P.

Cass. pen. sez. VI, 25.09.2014, n. 49226:

“In tema di corruzione, la fattispecie di cui all'art. 319 c.p., è in rapporto di specialità unilaterale per specificazione rispetto a quella prevista dall'art. 318 c.p., in quanto mentre questa punisce la generica condotta di vendita della funzione pubblica, la prima richiede, invece, un preciso atto contrario ai doveri di ufficio, oggetto di illecito mercimonio”.

ALCUNE PRONUNCE RECENTI

Cassazione penale sez. VI 23.02.2016, n. 15959

In tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili "ex post", ovvero mediante l'omissione o il ritardo di atti dovuti, integra il reato di cui all'art. 319 cod. pen. e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen., il quale ricorre, invece, quando l'oggetto del mercimonio sia costituito dal compimento di atti dell'ufficio.

Cassazione penale, sez. VI, 11.02.2016, n. 8211

In tema di corruzione, lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari ai doveri di ufficio, ancorché non predefiniti, né specificamente individuabili "ex post", ovvero mediante l'omissione o il ritardo di atti dovuti, integra il reato di cui all'art. 319 cod. pen. e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 cod. pen., il quale ricorre, invece, quando l'oggetto del mercimonio sia costituito dal compimento di atti dell'ufficio.

INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO

E' il soggetto che agisce in un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico ma svolge un'attività non autoritativa, in quanto priva dei poteri tipici della pubblica amministrazione. Tuttavia le sue funzioni sono sussidiarie rispetto a quelle del pubblico ufficiale.

Cass. Pen., SS. UU., n. 10086/1998: "Ai fini di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica ... , è necessario verificare se essa sia o meno disciplinata da norme di diritto pubblico, quale che sia la connotazione soggettiva del suo autore, distinguendosi poi – nell'ambito dell'attività definita pubblica sulla base di detto parametro oggettivo – la pubblica funzione dal pubblico servizio per la presenza (nell'una) o la mancanza (nell'altro) dei poteri tipici della potestà amministrativa, come indicati dal secondo comma dell'art. 357 c.p.".

CONCUSSIONE

Si assiste ad uno “spacchettamento” della previgente fattispecie di concussione che viene scissa in due sottofattispecie, ciascuna con la propria autonomia.

L'art. 317 c.p. regola la -concussione mediante costrizione-

L'art. 319 quater regola la -concussione mediante induzione-

CONCUSSIONE ART. 317

ART. 317 C.P. “Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni.”

L'originaria formulazione limitava la commissione del reato al solo Pubblico Ufficiale. La legge n. 69 del 27 maggio 2015 ha esteso il delitto di concussione anche all'incaricato di un pubblico servizio

Carattere comune della concussione ex art. 317 c.p. che 319 quater c.p. è la volontà prevaricatrice dell'agente pubblico, manifestantesi attraverso l'abuso di qualità o di poteri, da cui deriva un illegittimo condizionamento del privato a causa del quale quest'ultimo si trova limitato nella sua capacità di autodeterminazione; così da trovarsi, in uno stato di soggezione di fronte alla condotta del funzionario pubblico.

In particolare la **COSTRIZIONE** evoca una condotta di violenza o minaccia e presuppone sempre una vittima, ossia il concusso.

INDUZIONE INDEBITA A DARE O PROMETTERE UTILITÀ ART. 319 QUATER C.P.

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 sei anni a dieci anni e sei mesi.

Nei casi previsti dal I comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni.

CONFRONTO TRA LE DUE FATTISPECIE

Art. 317 c.p. “La concussione è reato plurioffensivo. Finalità, assumibili come beni giuridici protetti, delle incriminazioni delle condotte di concussione sono individuabili nell'esigenza che sia assicurato il buon andamento, il decoro e l'imparzialità della P.A., secondo il principio di cui all'art. 97 Cost., nonché nella tutela della libera determinazione dei singoli anche in relazione alla gestione del proprio patrimonio” (Cass. Pen. n. 3134/1992, confermata da Cass. SSUU n. 12228/2013).

Art. 319 quater c.p. “Ha natura monoffensiva, presidia soltanto il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e si pone, pertanto, in una dimensione esclusivamente pubblicistica” (Cass. SS.UU. n. 12228/2013).

CRITERI DISTINTIVI

La giurisprudenza individua 3 macro-criteri al fine di distinguere la condotta per “costrizione” dalla “nuova” induzione.

- 1) La condotta posta in essere dall'agente pubblico produce una intensa pressione psicologica sul privato. La costrizione si manifesta mediante violenza o minaccia idonea di per sé ad annientare qualunque scelta del privato; l'induzione invece si rappresenterebbe con la suggestione, volta al convincimento o all'inganno o alla più blanda pressione morale, sì da lasciare al destinatario una maggiore libertà di autodeterminazione, un più ampio margine di scelta in ordine alla possibilità di non accedere alla richiesta del pubblico funzionario (ex multis; Cass., Pen., sez. VI., n. 3093/2013);
- 2) Si deve fare leva sull'obiettivo prefissato del privato che può essere: a) certat de damno vitando; b) certat de lucro captando. Tali criteri in passato erano utilizzati per distinguere la corruzione dalla concussione. Pertanto si ha costrizione quando il privato si sottomette alla richiesta del pu per evitare un male ingiusto; si ha induzione se il privato accoglie la richiesta del pu per ottenere un un indebito vantaggio (ex multis; Cass., Pen., sez. VI., n. 3251/2013)

ARGOMENTI

3) Criterio misto. Questo terzo criterio è stato elaborato dalla giurisprudenza nella pronuncia n. 11794 del 11/02/2013. Costituisce la fusione dei due criteri precedenti ossia:

- a) si deve fare riferimento all'intensità dell'effetto psicologico, in un caso finalizzata alla coartazione psichica dell'altrui volontà, che pone l'interlocutore di fronte ad un aut-aut ed ha l'effetto di obbligare questi a dare o promettere, sottomettendosi alla volontà dell'agente (voluit quia coactus); la seconda una più tenue azione di pressione psichica sull'altrui volontà, che spesso si concretizza in forme di persuasione o di suggestione ed ha come effetto quello di condizionare ovvero di "spingere" taluno a dare o promettere, ugualmente soddisfacendo i desiderata dell'agente (coactus tamen voluit).
- b) per poi utilizzare come indice integrativo il tipo di vantaggio che il destinatario di quella pretesa indebita consegue per effetto della dazione o della promessa di denaro o di altra utilità. Così che se il privato è posto di fronte all'alternativa "secca" di accettare la pretesa indebita oppure di subire il prospettato pregiudizio oggettivamente ingiusto si avrà costrizione; al contrario, il privato è punibile come coautore se trae direttamente un vantaggio indebito dalla pretesa del PU.

SENTENZA MALDERA N. 12228 DEL 24/10/2013

“La fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319-quater cod. pen. è caratterizzata da una condotta di pressione non irresistibile da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, che lascia al destinatario della stessa un margine significativo di autodeterminazione e si coniuga con il perseguimento di un suo indebito vantaggio. Nella concussione di cui all'art. 317 cod. pen., invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario” .

Per le SSUU l'unico vero indice rivelatore è se il privato sia vittima o correo, in linea con la ratio sottesa alla Riforma del 2012.

Il focus d'indagine deve rivolgersi sul privato e verificare se “la sua volontà sia stata piegata dall'altrui sopraffazione ovvero semplicemente condizionata od orientata da pressioni psichiche di vario genere, diverse però dalla violenza o dalla minaccia e priva del relativo carattere aggressivo e coartante; nel primo caso integrato il paradigma della concussione, nel secondo della induzione indebita” .

IL D.LGS. 231/01: SOCIETAS DELINQUERE POTES

NATURA E CARATTERISTICHE DELLA RESPONSABILITA' “AMMINISTRATIVA” - DI FATTO
PENALE:

LA STRUTTURA DEL SISTEMA
LA COLPA PER IL FATTO DEI SUBORDINATI
LA COLPA PER IL FATTO DEI VERTICI

IL D.LGS. 231/01: PRESUPPOSTI PER L'APPLICAZIONE:

- Un soggetto che riveste **posizione apicale** all'interno della sua struttura ovvero un **sottoposto** abbia commesso uno dei **reati** previsti dalla parte speciale del decreto.
- Il reato sia stato commesso **nell'interesse** o a vantaggio dell'ente.
- Il reato commesso da persone fisiche costituisce espressione della **politica aziendale** ovvero quanto meno deriva da una **"colpa di organizzazione"**.

IL D.LGS. 231/01: LE TIPOLOGIE DI REATI CHE COMPORTANO LA RESPONSABILITA' (1/3)

REATI NEI RAPPORTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Art. 24 E ART. 25 D.Lgs. 231 / 01

IL D.LGS. 231/01: LE TIPOLOGIE DI REATI CHE COMPORTANO LA RESPONSABILITA' (2/3)

- Malversazione a danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 316-bis c.p.)
- Indebita percezione di contributi, finanziamenti o altre erogazioni da parte dello Stato o di altro ente pubblico (art. 316-ter c.p.)
- Truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640, 1° comma, n. 1 c.p.)
- Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.)
- **Frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640-ter c.p.)**
- Corruzione per un atto d'ufficio (art. 318 c.p.)

IL D.LGS. 231/01: LE TIPOLOGIE DI REATI CHE COMPORTANO LA RESPONSABILITA' (3/3)

- Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.)
- Corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter c.p.)
- Istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.)
- Concussione (art. 317 c.p.)
- Induzione indebita a dare o promettere utilità (319-quater c.p.) -
- Corruzione tra privati (art. 2635 c.c.)

SONO PREVISTE: SANZIONI E MISURE CAUTELARI PECUNIARE E INTERDITTIVE

IL D.LGS. 231/01: IL CASO IMMUCOR – SIRCHIA' (1/2)

I provvedimenti:

- sentenza di patteggiamento di Immucor 18.10.06;
- ordinanza del G.i.p. di Milano 19.01.06 di rinvio a giudizio del CEO

Gli imputati:

- L'ex ministro della Sanità
- Girolamo Sirchia
- amministratori
- dirigenti di società farmaceutiche
- primari di Ospedali

IL D.LGS. 231/01: IL CASO IMMUCOR – SIRCHIA' (2/2)

Il caso: Sono stati accertati dei pagamenti effettuati con la modalità estero su estero da parte di alcune delle società farmaceutiche con causale “consulenze e convegni” a primari di ospedali.

Nel contempo dette società sottoscrivevano contratti di fornitura con gli stessi Enti. La Procura di Milano contesta il reato di corruzione.

Le consulenze ed i convegni sarebbero fittizie e strumentali ai pagamenti di tangenti finalizzati a procacciare o a favorire le società farmaceutiche nell'aggiudicazione delle gare d'appalto o delle forniture. **I consulenti ricoprivano incarichi dirigenziali all'interno degli ospedali.**

I commenti:

la problematica della liceità delle consulenze nei rapporti con la P.A. ed in particolare con il mondo della sanità;

l'adozione di un modello organizzativo idoneo in futuro a evitare delitti del tenore di quelli contestati ha consentito alla società di patteggiare una sanzione pecuniaria.

IL D.LGS. 231/01: IL CASO SIEMENS (1/2)

I provvedimenti:

ordinanza del G.i.p. di Milano 28.04.04 applicativa della **misura cautelare** interdittiva avente ad oggetto il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione per un anno

Gli imputati: insieme ai manager indagati per corruzione, i magistrati iscrivono nel registro degli indagati le multinazionali Siemens e Alstom

IL D.LGS. 231/01: IL CASO SIEMENS (2/2)

Il caso: Presunte tangenti pagate a titolo di consulenza da alcune aziende per essere favorite nell'assegnazione di appalti di centrali elettriche, soprattutto all'estero.

I commenti:

- la problematica relativa alla **giurisdizione**: Il G.i.p. ha ritenuto che l'ente **con sede all'estero** ma che opera in Italia è compreso tra le figure per le quali si applica il decreto 231(es. circolazione stradale e obbligo cinture di sicurezza);
- il modello organizzativo è stato ritenuto <<*carente e inadeguato*>> dal G.I.P. che ha considerato, altresì, del tutto "generico" il codice etico che dovrebbe ispirare la condotta dei funzionari della società. Precisi, invece, sono i requisiti richiesti dal D.Lgs. 231/01 e tra questi l'individuazione delle **modalità di gestione delle risorse finanziarie**, l'introduzione di un **sistema disciplinare** e l'**adozione di protocolli per l'assunzione di decisioni**.

ART. 54 BIS

- 1) Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. (comma così modificato dall'art. 31, comma 1, legge n. 114 del 2014)
- 2) Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato.
- 3) L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.
- 4) La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n.241, e successive modificazioni»

28 OTTOBRE 2015, N. 12 (IN GAZZ. UFF., 16 NOVEMBRE 2015, N. 267). PIANO NAZIONALE ANTICORRUZIONE - AGGIORNAMENTO 2015. (DETERMINA N. 12)

IL PNA FA PROPRIE LE RACCOMANDAZIONI DATE DALL'ANAC IN MODO DA INDICIDERE SUL FENOMENO CORRUTTIVO, COME SI LEGGE: “ L'obiettivo che esse si propongono e' quello di offrire un supporto operativo che consenta alle pubbliche amministrazioni e agli altri soggetti tenuti all'introduzione di misure di prevenzione della corruzione, di apportare eventuali correzioni volte a migliorare l'efficacia complessiva dell'impianto a livello sistemico “.

IN PARTICOLARE IL PUNTO 6.4 A PROPOSITO DEL TRATTAMENTO DEL RISCHIO CHIARISCE: “L'identificazione del rischio, o meglio degli eventi rischiosi, ha l'obiettivo di individuare gli eventi di natura corruttiva che possono verificarsi in relazione ai processi, o alle fasi dei processi, di pertinenza dell'amministrazione. L'individuazione deve includere tutti gli eventi rischiosi che, anche solo ipoteticamente, potrebbero verificarsi e avere conseguenze sull'amministrazione. (...)”

Tali fattori di rischio vengono individuati mediante le segnalazioni pervenute, nel cui ambito rientrano certamente quelle ricevute tramite apposite procedure di whistleblowing.

Grazie dell'attenzione.

Training & Competences Certification

Via Gaetano Giardino 4 | 20123, Milano | Italy
+39 02 80691780 - 80691739 - 86968605 Office
formazione@certiquality.it

Seguici: www.certiquality.it | [Linkedin](#) | [Newsletter](#)