

**I reati presupposto
in tema di contrasto alla corruzione
e le indagini difensive interne all'azienda**

AVV. CLAUDIO CORATELLA
Name Partner Coratella – Studio Legale

La legge n. 190/2012, c.d. “Legge Anticorruzione”, ha adeguato l'ordinamento giuridico italiano agli *standards* internazionali, prevedendo una serie di misure preventive e repressive contro la corruzione e l'illegalità nella P.A.

In termini repressivi, la citata legge ha apportato varie modifiche alla disciplina dei reati contro la P.A., in particolar modo ai reati corruttivi.

CONCUSSIONE E INDUZIONE INDEBITA A DARE O A PROMETTERE UTILITÀ'.

Una delle novità più rilevanti riguarda lo “spacchettamento” del reato di concussione in due fattispecie:

- la concussione nella sola forma per costrizione, prevista e punita dall' art. 317 c.p. secondo cui *“Il pubblico ufficiale che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni”*

- l'induzione indebita a dare o promettere utilità prevista e punita dall'art. 319 *quater* c.p. secondo cui *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere utilità è punito con la reclusione da tre a otto anni. Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni”*.

Soggetti agenti

Nell'art. 317 c.p. sono soltanto i pubblici ufficiali, mentre nell' 319 quater c.p. sono anche gli incaricati di pubblico servizio e i soggetti indotti.

Con ordinanza del 9 maggio 2013 n. 20430, la Sezione VI della Corte di Cassazione ha rimesso alle **Sezioni Unite** la controversa questione concernente la condotta di induzione e quella di costrizione in quanto, dopo la riforma, in seno alla Corte di legittimità, si erano formati tre diversi indirizzi giurisprudenziali

Primo orientamento.

La distinzione risulterebbe basata sull'intensità della pressione psichica prevaricatrice.

L'*induzione* consisterebbe in una più tenue attività di persuasione, suggestione o pressione morale che, però, non condiziona gravemente la libertà di determinazione dell'indotto, che continua a conservare un ampio margine di libertà nella scelta se accedere o meno alla richiesta di denaro o altra utilità. Nella *costrizione*, invece, la pressione viene posta in essere con modalità più minacciose, tali da provocare uno stato di timore nel concusso, la cui libertà di autodeterminazione, di conseguenza, è quasi del tutto compressa.

Secondo orientamento

Distingue la costrizione e l'induzione in base alla presenza di una minaccia di un male ingiusto.

La *costrizione*, nell'art. 317 c.p. implicherebbe l'impiego, da parte del pubblico ufficiale, della violenza morale, consistente nella minaccia implicita o esplicita di un male ingiusto, patrimoniale o non patrimoniale; l'*induzione*, invece, deve essere individuata per esclusione rispetto alla costrizione.

Terzo orientamento

La distinzione risulterebbe basata sul tipo di vantaggio che il privato destinatario della pretesa illecita consegue per effetto della dazione o della promessa di denaro o altra utilità.

Si avrebbe quindi induzione indebita quando *“il destinatario della pretesa, al pari della vittima della concussione, soffre l'abusiva iniziativa prevaricatrice del pubblico agente, dalla quale la sua volontà risulta psichicamente condizionata; ma al pari del corruttore, risponde penalmente della sua condotta, per aver dato o promesso denaro o altra utilità, o perché ha subito una più tenue pretesa intimidatoria, alla quale, senza eccessivi sforzi, ben avrebbe potuto resistere”* (Corte di Cassazione sezione VI, n. 11794 del 11 Febbraio 2013).

Sussistendo un contrasto giurisprudenziale la disputa è stata demandata alla **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**.

Questione: Quale è, a seguito delle Legge n. 190/2012, la linea di demarcazione tra la fattispecie di concussione (art. 317 c.p.) e quella di induzione indebita a dare o a promettere utilità (art. 319 quater c.p.), soprattutto con riferimento al rapporto tra la condotta costrizione e quella di induzione?

Soluzione

“La fattispecie di induzione indebita di cui all'art. 319 quater c.p. 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 c.p., invece, si è in presenza di una condotta del pubblico ufficiale che **limita radicalmente la libertà di autodeterminazione del destinatario**”.*

CORRUZIONE

Quanto alla corruzione essa rimane distinta tra corruzione "propria" e corruzione "impropria".

CORRUZIONE PROPRIA

Art. 318 c.p.

Si configura nel caso in cui un **pubblico ufficiale, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, riceva indebitamente**, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetti la promessa.

Tale disposizione si applica anche alla persona incaricata di un pubblico servizio.

CORRUZIONE IMPROPRIA

Art. 319 c.p.

Si configura nel caso in cui il pubblico ufficiale, 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, riceva, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetti la promessa.

Tale disposizione si applica anche alla persona incaricata di un pubblico servizio

Atto contrario ai doveri di ufficio

Sono tali sia gli atti illegittimi o illeciti (vietati, cioè, da norme imperative o contrastanti con norme dettate per la loro validità ed efficacia) sia quegli atti **che, pur** formalmente regolari, siano stati posti in essere dal pubblico ufficiale violando il dovere d'imparzialità o strumentalizzando la sua funzione per interessi privati o comunque estranei a quelli propri della P.A..

CORRUZIONE IN ATTI GIUDIZIARI

Art. 319-ter c.p.

Si configura nel caso in cui, per favorire o danneggiare una parte in un procedimento giudiziario, si corrompa un pubblico ufficiale, e dunque un magistrato, un cancelliere o altro funzionario dell'autorità giudiziaria.

Non occorre essere parte del procedimento.

ISTIGAZIONE ALLA CORRUZIONE

Art. 322 c.p.

Si configura nel caso in cui venga offerto o promesso danaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, per omettere o a ritardare un atto del suo ufficio, ovvero per fare un atto contrario ai suoi doveri) e tale offerta o promessa non venga accettata.

Tutti questi reati
sono presupposto della
responsabilità amministrativa
dell'ente ex D. Lgs. 231/01

Con tale intervento legislativo è stata imposta alle imprese una maggiore attenzione verso una prevenzione strutturata e rigorosa dei rischi-corrruzione, frutto di una rivisitazione dei processi organizzativi interni dapprima preordinati alla sola corretta gestione dell'attività di impresa.

L'ente non risponde se prova, tra l'altro, che l'organo dirigente:

- ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi
- ha affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di tale modello (e di curare l'aggiornamento) ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (c.d. organismo di vigilanza).

Insomma, la commissione del reato deve essere frutto di un elusione fraudolenta del modello di organizzazione e di gestione e non di omissioni o carenze organizzative: **il rischio, che è elemento essenziale dell'attività di impresa, "deve" essere concretamente "organizzato"**.

Difatti, anche se la normativa delinea come onere la dotazione del modello e la nomina di un OdV, la nota **Circolare n. 8360** emanata il 19 marzo **2012** del III Reparto Operazioni - Ufficio Tutela Economia e Sicurezza del **Comando Generale della Guardia di Finanza**, con un'interpretazione piuttosto severa della normativa, ha definito l'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo come misura

**“NECESSARIA, E DUNQUE,
OBBLIGATORIA NEI FATTI”.**

In tale contesto, la citata Circolare n. 8360/12 ha dedicato particolare attenzione a “**I POTERI E GLI STRUMENTI UTILIZZABILI NELL'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA**” non solo dagli operanti, ma anche dal **professionista** chiamato ad assistere l'ente nel procedimento penale per l'accertamento dell'illecito amministrativo.

Come è noto, per effetto dell'art. 34 del D.Lgs. n. 231/01, sono applicabili al procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente – in via generale e con gli opportuni adattamenti – le disposizioni del codice di procedura penale riguardanti la persona fisica.

Tra questi, specificatamente, l'art. 327 *bis* c.p.p. riconosce anche al difensore **la facoltà di svolgere**, fin dal momento dell'incarico professionale, **investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito** – c.d. **INDAGINI DIFENSIVE** – secondo le modalità previste e disciplinate dagli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p..

Tale facoltà può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, **in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione** (Cass. pen., 30 settembre 2010, n. .35372; Cass. pen., 20 settembre 2010, n. 33898).

Il difensore e gli altri soggetti indicati nell'art. 391 *bis* c.p.p.:

- **non hanno l'obbligo di denuncia** relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso dell'attività investigativa da essi svolta (art. 334 *bis* c.p.p.);
- **non possono essere assunti come testimoni** se, nel medesimo procedimento, hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391 *ter* c.p.p. (art. 197 c.p.p.).

La Circolare n. 8360/12 fa salvi “*gli obblighi di segnalazione per i soli casi di riciclaggio, in capo agli organi di controllo, compreso l’Organo di vigilanza*”, i quali “*non potranno non essere informati dal legale incaricato di evidenze di tale genere che dovessero affiorare nel corso dell’investigazione interna*”.

Come evidenziato nella Circolare, pertanto, le indagini difensive “*costituiscono uno strumento innovativo*” anche al fine di soddisfare l’**onere probatorio dell’effettiva adozione e dell’efficace attuazione di un modello di organizzazione** e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Secondo la circolare, difatti, l'utilizzazione dello strumento delle indagini difensive è consigliabile poiché sembra essere *“il meccanismo più efficace per provare, ad esempio, l'aggiramento fraudolento delle norme che compongono la struttura del modello di gestione, ma anche solo la mancanza di interesse o l'interesse esclusivo proprio dell'autore o di terzi”*.

Conclusione

Le indagini difensive hanno delle notevoli opportunità applicative con riguardo alla specifica tematica del d.lgs. 231/01 e possono trovare in questo ambito “*una legittimità nuova, se non innovativa*”, per affrontare e gestire una situazione di crisi legata ad eventi potenzialmente in grado di coinvolgere l’azienda, che pur abbia ottemperato agli obblighi di direzione e vigilanza.

Per approfondimenti ...

Dossier 24 OMNIA – Business Class

INDAGINI DIFENSIVE E D. LGS. N. 231/01

**RICHIEDI LA TUA COPIA ON LINE OMAGGIO
PRESSO IL DESK DEL SOLE 24 ORE**