

L'Organismo di Vigilanza nel presidio del rischio corruzione. La prospettiva delle aziende private.

Avv. Marco Dell'Antonia

I reati corruttivi (1/2)

In questa sede, si prenderanno in esame, in particolare, i reati previsti dagli artt. 25 e 25 *ter* del D.Lgs. 231/2001 (“Decreto 231”), che fanno riferimento alle fattispecie corruttive disciplinate dal Codice Penale e dal Codice Civile:

- ❖ Corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.)
- ❖ Corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319 c.p.)
- ❖ Corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.)
- ❖ Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.)
- ❖ Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.)
- ❖ Pene per il corruttore (art. 321 c.p.)
- ❖ Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti Internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322 *bis* c.p.)
- ❖ Corruzione tra privati (art. 2635 c.c.)
- ❖ Istigazione alla corruzione tra privati (art. 2635 *bis* c.c.)

I reati corruttivi (2/2)

Le condotte di natura corruttiva possono essere poste in essere nei confronti di:

- ❖ Pubblici ufficiali o persone incaricate di un pubblico servizio
- ❖ Soggetti privati (quali, ad esempio, il rappresentante legale di una società di capitali)

I reati corruttivi sono costruiti dal punto di vista del soggetto corrotto, ma è espressamente prevista la responsabilità anche del soggetto corruttore. Ciò vale sia per i reati di “corruzione pubblica” (ai sensi dell’art. 321 c.p.) sia per i reati di “corruzione privata” (ai sensi del terzo comma dell’art. 2635 c.c. e del primo comma dell’art. 2635 *bis* c.c.).

Come noto, non assume rilevanza ai sensi del D. Lgs. 231/2001 la prospettiva “passiva” dei reati di corruzione e di istigazione alla corruzione tra privati.

Nondimeno, potrebbe essere opportuno per l’OdV monitorare anche eventuali forme di corruzione nei confronti di esponenti (ad esempio, il responsabile degli acquisti) della società in seno a cui è istituito l’Organismo: infatti, è sempre opportuno evitare l’instaurazione e il mantenimento di rapporti non trasparenti tra la società e le proprie controparti, ciò in un’ottica di massima regolarità e correttezza nell’esercizio del *business* (nonché, ovviamente, onde scongiurare la commissione nel contesto aziendale di quello che sarebbe comunque un reato, ancorché non rilevante ai fini 231).

Focus: il concetto di "altra utilità" nella giurisprudenza

Cass. pen., Sez. VI, 13 luglio 2018, n. 51765

In tema di corruzione, la nozione di "altra utilità", quale oggetto della dazione o promessa, ricomprende qualsiasi vantaggio patrimoniale o non patrimoniale, che abbia valore per il pubblico agente o per un terzo, ivi compresi i benefici leciti, che nondimeno assumono rilevanza penale nel caso in cui s'inseriscano in una relazione sinallagmatica di tipo finalistico-strumentale o causale rispetto all'esercizio dei poteri o della funzione ovvero al compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio. (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la sentenza di condanna per il delitto di corruzione propria in un caso in cui il referente di talune società di servizi aveva assicurato a un consigliere comunale i mezzi economici atti ad affrontare la campagna elettorale ed essere rieletto, aveva assunto una persona dallo stesso segnalata e aveva contribuito al salvataggio di una cooperativa riconducibile all'area politica del predetto, rilevando che tali attività si inserivano in uno stabile rapporto sinallagmatico di tipo illecito).

Focus: i rapporti tra la corruzione e l'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

Cass. pen., Sez. VI, 6 ottobre 2016, n. 53436

Sussiste il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.) e non quello di corruzione qualora si sia in presenza di uno squilibrio di posizione tra il soggetto investito di qualifica pubblicistica ed il privato e quest'ultimo, pur senza esservi costretto, si veda quindi indotto ad accedere alla illecita pattuizione prospettagli dal primo in quanto condizionato dal timore che dall'esercizio dei poteri pubblicistici possano derivargli, altrimenti, gravi conseguenze per il proprio patrimonio o per la propria libertà personale.

Le Attività di vigilanza demandate all'OdV

In virtù dell'art. 6, co. 1, lett. b) del Decreto 231, è attribuito all'OdV “*il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli*”.

Pertanto, l'OdV dovrà verificare:

- che il Modello della Società sia adeguato di per sé: ciò significa valutare *in primis* che questo preveda tutte le attività sensibili e le attività strumentali di rilievo con riferimento alle fattispecie corruttive;
- che il Modello sia effettivamente conosciuto e applicato.

Le attività Sensibili al rischio di commissione dei reati corruttivi verso la P.A. (1/2)

- ❖ Negoziazione e stipulazione di contratti e convenzioni con le pubbliche amministrazioni nazionali e/o estere
- ❖ Stipulazione di contratti per la fornitura di beni e/o servizi in qualità di stazione appaltante (per le società qualificabili come esercenti un pubblico servizio)
- ❖ Richiesta di contributi, sovvenzioni, finanziamenti pubblici e pubbliche erogazioni in generale
- ❖ Gestione dei rapporti con la Pubblica Amministrazione per l'ottenimento di autorizzazioni, licenze e permessi
- ❖ Gestione degli adempimenti che richiedono rendicontazioni verso la Pubblica Amministrazione
- ❖ Gestione dei contenziosi giudiziari
- ❖ Gestione delle ispezioni

Le attività Sensibili al rischio di commissione dei reati corruttivi verso la P.A. (2/2)

- ❖ Gestione degli adempimenti relativi al pagamento degli oneri assistenziali, previdenziali e assicurativi
- ❖ Gestione dei rapporti istituzionali (anche attività di *lobbying*)

Le attività Sensibili al rischio di commissione dei reati corruttivi nei confronti dei privati (1/2)

- ❖ Negoziazione, esecuzione e gestione di contratti rilevanti con qualsiasi ente privato (società, associazioni, fondazioni, ecc.)
- ❖ Individuazione di eventuali *partner* per iniziative di sviluppo (anche all'estero)
- ❖ Gestione dei rapporti con le associazioni di categoria
- ❖ Gestione dei contenziosi giudiziali e stragiudiziali
- ❖ Partecipazione a gare d'appalto private (cd. *beauty contest*)
- ❖ Ottenimento e mantenimento di certificazioni
- ❖ Acquisizione / vendita di *asset* aziendali rilevanti
- ❖ Gestione dei rapporti con gli istituti di credito, finanziari, assicurativi, ecc.
- ❖ Gestione delle polizze assicurative e degli indennizzi

Le attività Sensibili al rischio di commissione dei reati corruttivi nei confronti dei privati (2/2)

- ❖ Gestione dei rapporti con le Agenzie di *rating*, gli investitori istituzionali e gli analisti finanziari
- ❖ Gestione dei rapporti con i media e le agenzie di stampa
- ❖ Gestione degli acquisti

Le attività Strumentali per la commissione dei reati corruttivi (1/3)

- ❖ Gestione della contabilità aziendale
- ❖ Gestione delle risorse finanziarie della società e dei flussi di pagamento
- ❖ Gestione di omaggi, liberalità e sponsorizzazioni (inclusi i casi di liberalità in favore di associazioni *no profit* in cui esponenti della P.A., nazionali e internazionali, abbiano un ruolo o un interesse)
- ❖ Gestione dei piani di retribuzione premiale per il *management* (MBO) (sia quale strumento che potrebbe incentivare ad agire con mezzi illeciti - laddove, ad esempio, venissero previsti obiettivi di molto difficile raggiungimento - sia quale strumento per la creazione di “fondi neri”)
- ❖ Gestione della riservatezza delle informazioni privilegiate (applicabile anche in caso di società non quotate e appartenenti a un gruppo societario con capogruppo quotata, laddove l'informazione privilegiata possa essere acquisita in virtù dei rapporti nell'ambito del gruppo)

Le attività Strumentali per la commissione dei reati corruttivi (2/3)

- ❖ **Selezione e assunzione del personale** (l'assunzione di un *ex*-dipendente della P.A. o di un familiare, amico o conoscente di un funzionario della P.A. potrebbe costituire il prezzo della corruzione volto a ottenere trattamenti di favore nei confronti della società)
- ❖ **Gestione del rimborso delle spese di viaggio/rappresentanza** (il rimborso di spese non sostenute - e quindi non giustificabili documentalmente - potrebbe essere utilizzato quale sistema per creare “fondi neri”)
- ❖ **Gestione di approvvigionamenti e consulenze, selezione di *partner*, realizzazione di *joint venture*** (i fornitori, i consulenti o i *partner* commerciali potrebbero fungere da intermediari per compiere reati corruttivi nei confronti di funzionari della P.A.; una consulenza fittizia potrebbe essere utilizzata per giustificare un esborso da impiegare per la creazione di “fondi neri”)

Le attività Strumentali per la commissione dei reati corruttivi (3/3)

In merito all'ultimo punto che precede, posto che fornitori, consulenti e controparti in generale, dovrebbero essere soggetti a una *due diligence* preliminare, volta ad accertarne, in generale, l'affidabilità, si propone di seguito un elenco esemplificativo di alcune tipologie di possibili segnali di allarme, da tenere a mente nell'ambito dell'attività di verifica da parte dell'OdV:

- ❑ la transazione avviene o la controparte è riconducibile a un Paese in cui il livello di rischio di corruzione percepito è, sulla base del *CPI Index* elaborato da *Transparency International*, relativamente alto
- ❑ la controparte ha legami familiari o lavorativi e/o interessi economici in comune (presenti o passati) con esponenti della Pubblica Amministrazione
- ❑ vi sono indizi che la controparte o i suoi rappresentanti abbiano legami con attività illecite (ad es. riferimenti nei *media* e *social media*)
- ❑ la controparte opera in un settore diverso da quello con riferimento al quale è stata ingaggiata
- ❑ non vi è esatta corrispondenza tra i soggetti che intrattengono i rapporti per conto della società e quelli che risultano dalla rispettiva visura, ovvero tra il luogo ove opera la società, quello ove ha sede e quello ove ha sede il conto corrente fornito dalla stessa
- ❑ il corrispettivo per i beni o servizi ricevuti dalla controparte risulta essere irragionevolmente elevato o al di sopra del prezzo di mercato o abituale

Le Attività di vigilanza effettuate dall'OdV sull'osservanza delle misure di prevenzione dei reati corruttivi in azienda

È opportuno che l'OdV, al fine di accertare l'effettiva applicazione del Modello 231 nell'attività quotidiana della società, svolga periodicamente specifica attività di controllo e verifica, eventualmente anche "a sorpresa".

Si propongono di seguito alcuni esempi di *checklist* per possibili richieste/domande che l'OdV potrebbe formulare nei confronti di alcune funzioni aziendali che operano nell'ambito di processi aziendali sensibili o strumentali con riferimento al rischio di reati corruttivi.

Le Attività di vigilanza effettuate dall'OdV sull'osservanza delle misure di prevenzione dei reati corruttivi in azienda (1/3)

Gestione del rimborso spese di viaggio/rappresentanza

- Le spese oggetto di richiesta di rimborso sono collegate a un effettivo impegno lavorativo? (*Richiedere prova di tale impegno: ad esempio, scambi email per la fissazione dello stesso*)
- L'impegno lavorativo è stato debitamente autorizzato?
- La pianificazione e prenotazione del viaggio di lavoro è avvenuta tramite le modalità descritte nella procedura?
- Le spese sostenute si collocano (quantitativamente e qualitativamente) nell'ambito di quelle cui è autorizzato in generale il soggetto richiedente?
- Le spese sono supportate dalla relativa documentazione fiscale?

Le Attività di vigilanza effettuate dall'OdV sull'osservanza delle misure di prevenzione dei reati corruttivi in azienda (2/3)

Gestione degli Acquisti

- ✓ L'ultima volta che si è presentata l'occasione di contrattualizzare un nuovo consulente, avete proceduto con affidamento diretto o tramite *beauty contest*?
- ✓ Avete conservato traccia del processo di selezione?
- ✓ Avete eseguito i *check* preliminari sull'affidabilità del consulente?
- ✓ Il contratto conteneva una descrizione dettagliata del servizio?
- ✓ È stato coinvolto l'ufficio legale nella redazione del contratto?
- ✓ Al consulente è stato richiesto di rispettare il Modello 231 e il Codice Etico della società? Gliene è stata consegnata copia?
- ✓ Prima di procedere al pagamento della fattura è stato effettuato un doppio controllo sulla corrispondenza dell'importo richiesto al servizio effettuato dal consulente?



Selezione e assunzione del personale

- ✓ È capitato che fossero assunte persone attraverso segnalazioni da parte di società clienti/fornitori? Viene data evidenza di tale circostanza?
- ✓ Quante persone hanno partecipato ai singoli processi di selezione/assunzione dei candidati?
- ✓ È stata tracciata la corrispondenza con il candidato relativa al processo di assunzione?
- ✓ Quanti cv sono stati chiesti per ogni processo?
- ✓ Con quanti candidati è stato svolto il colloquio?
- ✓ Quanti colloqui sono stati svolti con ogni candidato? (*Richiedere prova dei passaggi rilevanti: ad esempio, apertura della posizione, i vari cv, gli scambi email per la fissazione dei colloqui*)
- ✓ È stato effettuato un *check* sul *background* lavorativo dei candidati, onde ad esempio verificare se in passato avessero lavorato presso la P.A. (e, in caso affermativo, se la specifica P.A. avesse avuto poteri autoritativi o negoziali nei confronti della società)?

Focus: un caso di corruzione internazionale

Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442

Nel caso in esame, le società sotto processo avevano costituito una joint venture che, attraverso il pagamento di tangenti in favore di un governo straniero, si assicurava l'affidamento di commesse *in loco* da parte di una società petrolifera a partecipazione statale. I contratti per l'affidamento delle commesse, erano stipulati con la joint venture per il tramite di tre società appositamente costituite in Paesi a bassa trasparenza finanziaria.

Una di queste società era appositamente deputata alla conclusione di contratti-schermo di consulenza con società che in realtà fungevano da mere intermediarie per il pagamento delle tangenti (il valore totale delle tangenti corrisposte ai funzionari esteri è stato stimato in circa 187 milioni di dollari).

Nel caso di specie, il Giudice ha definito le misure preventive adottate dalla società “*paper compliance programs*” in quanto solo teoriche, ma non concretamente versate nella realtà aziendale e, pertanto, inidonee a prevenire condotte corruttive.

L'Organismo di Vigilanza nel presidio del rischio corruzione. La prospettiva delle aziende private.

Avv. Marco Dell'Antonia