

STRUMENTI DI CONTRASTO AL FENOMENO DELLA CORRUZIONE: ESPERIENZA ITALIANA E BRASILIANA A CONFRONTO

STUDIES OF THE TOOLS CONTRARY TO THE CORRUPTION PHENOMENON: COMPARISON OF THE ITALIAN AND BRAZILIAN EXPERIENCE

Maristella Amisano¹

Pós-doutora em Direito

Universit  della Calabria, Cal bria - It lia

Cristiana Fortini²

Pós-doutora em Direito (Est gio S nior)

George Washington University, Washington (WA) - USA

RIASSUNTO: Il fenomeno corruttivo   esploso negli ultimi anni in Brasile con scandali che hanno raggiunto le pi  alte cariche dello Stato e coinvolto somme di denaro ingentissime. Il mondo della politica e dell'impresoria sono stati travolti da scandali di enormi proporzioni. La stampa brasiliana ha immediatamente fatto il paragone con il periodo di Tangentopoli vissuto dall'Italia. Il paragone, per la verit , non regge: diversa l'entit , diverse le conseguenze, diverso l'atteggiamento delle forze politiche. Tuttavia, dal punto di vista giuridico, si   posto il problema di quale siano gli strumenti pi  efficaci per contrastare il fenomeno corruttivo ed il confronto con le strategie poste in campo dall'Italia durante il periodo di Tangentopoli sono state studiate dai pi  attenti giuristi brasiliani al fine di trarne spunti applicabili alla legislazione brasiliana.

PAROLE CHIAVE: Fenomeno corruttivo; forze politiche; esperienza italiana e brasiliana a confronto.

¹Possui p s-doutorado pela Universit  della Calabria (2007). Atualmente   professor da Universit  della Calabria. Tem experiência na  rea de Direito, com  nfase em Direito Público. E-mail: maristellabh@gmail.com

²Visiting Scholar na George Washington University (Bolsa Capes). Doutora em Direito Administrativo pela UFMG, Professora do Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos, Subchefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG, Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG, Coordenadora da Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP), Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Advogada. E-mail: crisfortini@uol.com.br

ABSTRACT: The corruption phenomenon has exploded in recent years in Brazil with scandals that have reached the highest offices of the state and involved huge sums of money. The world of politics and entrepreneurship have been overwhelmed by scandals of enormous proportions. The Brazilian press immediately made the comparison with the period of Tangentopoli experienced by Italy. The comparison, to tell the truth, does not stand up: the entity is different, the consequences are different, the attitude of the political forces is different. However, from a legal point of view, the problem has been posed of which are the most effective tools to counteract the corrupting phenomenon and the comparison with the strategies put in place by Italy during the period of Tangentopoli have been studied by the most careful Brazilian jurists. in order to draw ideas applicable to Brazilian legislation.

KEYWORDS: Corruptive phenomenon; political forces; Italian and Brazilian experience in comparison.

Introduzione

Il fenomeno corruttivo è esploso negli ultimi anni in Brasile con scandali che hanno raggiunto le più alte cariche dello Stato e coinvolto somme di denaro ingentissime. Tale comparazione è facilitata dalle somiglianze che intercorrono tra i due ordinamenti: non solo trattasi di ordinamenti di civil law, ma ci sono similitudini molto forti anche a livello di Pubblica amministrazione e, quindi, di azione amministrativa. Elemento di non poco conto, visto che quando si parla di corruzione si tocca necessariamente l'ambito pubblico. Malgrado questi elementi aiutino il confronto fra ordinamenti, non possiamo sottacere che un serio lavoro di comparazione è molto più di questo.

Occorre confrontare il contesto storico, sociale, i principi Costituzionali e -nel caso del diritto penale- anche l'incidenza di determinati illeciti in quello specifico contesto. In diritto penale, infatti, una comparazione che non si limiti ad essere culturale ma che colga l'essenza degli istituti nel loro contesto è resa più complicata dal fatto che gli illeciti mutano al mutare delle esigenze sociali, che sono estremamente radicate a quel territorio, a quel contesto storico, sociale e politico, financo culturale.

Per queste ragioni il diritto penale si è aperto alla comparazione dopo il diritto civile. Ma questo non esclude l'importanza di uno studio comparato, non soltanto

ai fini di armonizzazione del diritto europeo ed internazionale, ma anche ai fini di una più incisiva tutela per i cittadini. Rilevare similitudini e differenze nei diversi ordinamenti, evidenziando concetti e categorie comuni, rende migliore la comprensione delle regole di diritto e porta a soluzioni migliori, orientando la politica criminale verso gli strumenti che si sono rivelati più incisivi. E non basta.

La comparazione tra ordinamenti si rende ogni giorno più utile perché la nostra epoca, rispetto al passato, si contraddistingue per la nascita di problematiche nuove, se non identiche, molto simili in gran parte dei sistemi giuridici. Questo comporta che le soluzioni da adottare siano quanto più uniformi possibile, visto che non è più materialmente fattibile affidarsi esclusivamente alla tradizione culturale ed alla legislazione dei singoli Stati. Il presente lavoro ha come scopo proprio quello di individuare soluzioni soddisfacenti ad un problema comune (non solo all'Italia ed al Brasile): la corruzione.

Non vorremmo, però, uno studio condotto sulle mere formule linguistiche: cercheremo di ricostruire la progressione dei processi evolutivi degli istituti penali, delle sanzioni amministrative, l'influsso degli elementi sociali e politici, dello sviluppo economico, del regime costituzionale, delle caratteristiche della criminalità e di tutti gli altri fattori si dimostrino necessari ad una comparazione che non voglia essere meramente informativa.

Certo, la base sarà conoscitiva perché la prima operazione non potrà che essere quella ricognitiva, ovvero quella dell'overview compiuta da un giurista dello stesso Paese a beneficio del lettore straniero. Ma verranno esaminati entrambi i sistemi di riferimento, in un'ottica plurisistemica che tende ad una comparazione per modelli³, pur senza giungere al metodo di comparazione più raffinato e complesso, ovvero quello mediante individuazione e dissociazione dei formanti⁴.

1 La Corruzione in Italia: Evoluzione Normativa e Strategia di Lotta

I comportamenti di corruzione costituiscono reato punito all'interno del codice penale con quelle particolari sanzioni estremamente afflittive che caratterizzano -appunto- il diritto penale. Per comprendere quali sono state le strategie per arginare il fenomeno dobbiamo ripercorrere le modifiche normative che nel tempo si sono succedute in un'ottica di sempre maggior lotta al fenomeno.

Il punto di partenza è la normativa vigente quando è sorto il più grande scanda-

³Si veda: Francesco Palazzo, Michele Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000

⁴Per un'indagine completa e raffinata: Rodolfo Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Trento, 1992

lo di corruzione in Italia: Tangentopoli. Si tratta delle norme che sono state utilizzate per punire i reati riscontrati e che hanno mostrato, in quel periodo di massiccia applicazione, alcune lacune che ne rendevano difficile l'interpretazione e che sono state modificate per garantire maggior chiarezza interpretativa e, quindi, più certa applicazione. Il nucleo della normativa che punisce la corruzione e che, con alcune modifiche, permane tutt'ora è costituito dagli articoli 318, 319 e 321 c.p. L'articolo 318, rubricato (sino alla riforma del 2012) "Corruzione per un atto d'ufficio", prevedeva che

il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto, la pena è della reclusione fino a un anno.

La peculiarità di questa fattispecie, che la connota rispetto all'art. 319, è che il pubblico ufficiale viene punito per compiere o per aver compiuto un atto del suo ufficio, che quindi rientra tra le sue funzioni. Lo fa, però, dietro dazione o promessa di denaro o altra utilità ed è questo elemento che rende il comportamento criminoso perché la funzione pubblica non può e non deve essere oggetto di mercimonio. L'articolo 319 c.p., invece, è rubricato "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio" e punisce:

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 tre a cinque anni.

Risulta immediatamente chiaro che qui è punito il comportamento di un pubblico ufficiale che, dietro mercimonio, compie un atto contrario ai suoi doveri, oppure ritarda o omette un atto del suo ufficio. Il paragone tra gli articoli 318 e 319 c.p. hanno portato la dottrina italiana a distinguere varie forme di corruzione: propria, impropria, antecedente, susseguente, attiva e passiva.

L'analisi degli articoli 318 e 319 ci consentono di individuare quasi tutte le forme di corruzione classificate: per corruzione impropria si intende quella punita

dall'art. 318 c.p., ove il pubblico ufficiale è punito per il fatto di ricevere indebitamente del denaro, tuttavia non compie un atto contrario ai suoi doveri, ma compie un atto che rientra tra le sue funzioni.

La corruzione propria, invece, riguarda il comportamento del pubblico ufficiale che riceve del denaro per compiere un atto che è contrario ai suoi doveri. Si distingue, invece, tra corruzione antecedente o susseguente a seconda del momento in cui il denaro o l'altra utilità sono dati o promessi al pubblico ufficiale: se il denaro o l'altra utilità sono dati prima che l'atto, conforme o contrario ai doveri, sia compiuto dal pubblico ufficiale, allora la corruzione si dice antecedente. La sua gravità appare maggiore perché è come se la prospettiva di un vantaggio abbia motivato il pubblico ufficiale al compimento dell'atto. Qualora, invece, il denaro o l'altra utilità vengano dati o promessi successivamente al compimento dell'atto, la corruzione è detta susseguente.

Per comprendere la differenza tra corruzione attiva e passiva ci manca un tassello, costituito dall'art. 321 c.p., secondo cui: “ Le pene stabilite nel primo comma dell'articolo 318, nell'art. 319, nell'art. 319 bis, nell'articolo 319 ter e nell'art. 320 in relazione alle suddette ipotesi degli artt. 318 e 319, si applicano anche a chi dà o promette al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro o altra utilità”. Qui il soggetto attivo muta: è punito il privato oltre che il pubblico ufficiale, tranne che nel caso di corruzione attiva impropria susseguente⁵.

Questa normativa ha dato luogo a moltissimi problemi di interpretazione: il primo, senza dubbio, ha riguardato il tempo di consumazione del reato, inscindibilmente legato al momento di prescrizione dello stesso⁶. Altro problema, fra i molti, è stato quello della individuazione dell'atto specifico oggetto di corruzione, che escludeva la punibilità del fenomeno di c.d. corruzione ambientale.

Però, anziché intervenire sulla struttura delle norme che punivano la corruzione per facilitarne l'applicazione in un maggior numero di casi, il legislatore ha scelto una strada di lotta al fenomeno diversa. Apparentemente più forte ma, nei fatti, assai più debole. Mi riferisco all'aumento delle pene edittali. Negli anni, tutte le volte che il legislatore-spesso mosso da un'onda mediatica relativa a qualche fatto di corruzione- ha modificato le norme che puniscono i reati di

⁵Sulle tipologie della corruzione si veda Carlo Benussi, I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, I, 1, in Trattato di diritto penale, parte speciale, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, 22^a ed, Cedam, Padova, 2013.

⁶Sul tema è particolarmente interessante, anche per gli spunti critici, l'analisi di Roberto Rampioni, I delitti di corruzione. Studi su casi, Cedam, 2008.

corruzione, ha semplicemente aumentato le pene edittali senza incidere sulla struttura della fattispecie.

Come se l'aumento di una pena che è soltanto "minacciata" -come ricorda l'etimologia latina del termine- possa essere la panacea di tutti mali. Purtroppo l'equilibrio del sistema sanzionatorio e la sua effettività sono ben più complesse: più che la pena comminata ad avere efficacia special e general preventiva sono la pena irrogata e, soprattutto, quella effettivamente scontata. Si tratta di un problema complesso, che vede in gioco molti aspetti, compresi quelli del sovraffollamento carcerario e della necessità di prevedere sanzioni sostitutive o alternative per soddisfare l'esigenza di rieducazione, imposta dalla Carta costituzionale.

Un unico dato, però, è certo. Il solo aumento della pena edittale ha effetti minimi sulla prevenzione speciale ma soprattutto generale, che è quella che più interessa quando si tratta di mezzi efficaci per combattere un determinato fenomeno criminoso.

Solo nel 2012 il legislatore ha inciso sulla normativa in maniera strutturale, soprattutto con riferimento all'art. 318 c.p., ponendo fine ad uno dei problemi interpretativi che più avevano limitato l'applicazione della norma.

Secondo la normativa vigente prima della riforma, l'atto d'ufficio oggetto della corruzione impropria doveva essere sempre determinato affinché potesse dirsi realizzato il reato: l'atto doveva cadere nelle specifiche attribuzioni del pubblico ufficiale e doveva essere individuato perché si realizzasse corruzione. La riforma ha cambiato la fattispecie a partire dal titolo: non si tratta più di corruzione per atto d'ufficio ma di corruzione per l'esercizio della funzione. Già il titolo fa capire che l'idea del legislatore era quella che il pubblico ufficiale fosse punito per l'esercizio della sua funzione quando questa avvenga dietro retribuzione: non c'è più la necessità dell'individuazione di un atto d'ufficio determinato. Il testo della norma conferma l'impressione data col titolo e punisce: "Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, 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".

Ma già dal 2008, il legislatore italiano ha imboccato una strada diversa, decidendo di punire la corruzione tra privati. Decisione importante perché fa uscire la corruzione dall'ambito in cui tradizionalmente era stata ristretta, ovvero sia l'ambito pubblico. Scegliere di punire il mercimonio che riguarda il mondo privato significa cambiare l'accostamento al fenomeno in maniera radicale. Partendo

da un primo tentativo del 2008 inserito nel codice civile durante la riforma dei reati societari, attraverso le opportune modifiche del 2012 e le ultime del 2017, oggi la norma punisce:

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 nocuo-mento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. 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. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e secondo comma è punito con le pene ivi previste. 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. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi.

Questa norma costituisce la dimostrazione che la corruzione deve essere combattuta tanto in ambito pubblico quanto in ambito privato perchè solo una lotta a tutto campo potrà portare i risultati sperati⁷.

Il legislatore dal 2012 in avanti non ha soltanto inciso sulle fattispecie non limitandosi a modificare -aumentandole- le pene edittali, ma ha dato inizio ad un nuovo ciclo di lotta alla corruzione. Innanzitutto ha avviato una riforma della Pubblica Amministrazione che, all'interno di ogni settore, prevede la creazione di compliance programs finalizzati ad evitare la corruzione e di organismi interni di controllo. Insomma, una lotta alla corruzione che inizia dal basso e riguarda, prima che il penale, l'attività amministrativa. Scelta assolutamente apprezzabile dato che il diritto penale deve sempre essere utilizzato come strumento di ex-

⁷Sull'evoluzione della normativa relativa alla corruzione tra privati ci permettiamo di richiamare Maristella Amisano, *Le tipologie della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

trema ratio quando tutti gli altri sono stati esperiti in vano. E' stata poi istituita l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che si occupa di prevenzione e controllo della corruzione nei grandi appalti pubblici e che sino ad ora, anche grazie all'autorevolezza del suo presidente, Raffaele Cantone, ha dato ottimi risultati.

Dal punto di vista delle scelte operate in diritto penale, merito del legislatore più recente è stato quello di “toccare nel portafoglio” i corrotti, non solo attraverso la confisca di ciò che ha costituito il prezzo o il prodotto del reato: ora la sospensione condizionale della pena è subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato. È stato anche inserito l'art. 322 quarter che riguarda la riparazione pecuniaria: in caso di condanna per i reati di peculato, concussione, corruzione etc... viene sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale. Resta impregiudicato il risarcimento del danno.

Insomma, oggi si tentano altre due strade: la prevenzione e la sanzione pecuniaria. Percorsi che sin da subito hanno portato l'Italia ad una miglior posizione nel ranking mondiale redatto da Transparency International. Negli ultimi anni Italia e Brasile erano quasi appaiate nel ranking percettivo di corruzione. Certo, non può sottacersi che trattandosi di indice percettivo risente inevitabilmente di elementi culturali che, proprio dopo il fenomeno di “mani pulite” rendono gli italiani particolarmente sensibili. Ma di certo questo non è elemento dirimente: Brasile ed Italia hanno occupato le stesse posizioni nel ranking mondiale per anni. Ma dopo le ultime misure anticorruzione italiane, mirate alla creazione di una cultura preventiva a tutto tondo, anziché all'uso dell'unico strumento dell'aumento delle pene edittali, l'Italia nel 2016 ha occupato il sessantesimo posto, mentre il Brasile è scivolato al settantanovesimo.

E' ancora presto per dare dei giudizi: con tutta probabilità il Brasile risente dello scandalo Lava Jato, sicuramente uno dei più grandi e devastanti dell'epoca democratica del Paese. Quel che mi pare importante, però, è che l'Italia ha intrapreso un cammino nuovo e che mi auguro darà risultati nel creare una cultura sociale nuova. Questo è anche lo spirito che anima l'ANAC e il suo presidente, secondo cui:

Per guarire da una malattia non bastano le cure, serve una stile di vita sano che riduca i fattori di rischio che possono concorrere all'insorgere di determinate malattie. Per spiegare quello che stiamo facendo in Italia, soprattutto sul fron-

te degli appalti pubblici, che costituisce il comparto in cui è maggiore il rischio di infiltrazioni criminali in virtù delle cifre che riesce a muovere, vorrei partire da un paragone “medico” - per guarire da una malattia non bastano le cure, serve una stile di vita sano che riduca i fattori di rischio che possono concorrere all’insorgere di determinate malattie.

Nel 2014, quando mancava un anno all’inizio di Expo, gli scandali e gli arresti minacciavano lo svolgimento della manifestazione. Per tornare al paragone di prima: il malato rischiava seriamente il decesso. Per recuperare il tempo perso, cercando di assicurare rapidità delle procedure ma al tempo stesso i necessari controlli di legalità, abbiamo messo a punto un modello di “vigilanza collaborativa” che di fatto consiste nella verifica preventiva delle operazioni di gara: bandi, lettere di invito, disciplinari, capitolati ma anche schemi di contratto e verifiche ex post come le aggiudicazioni o le varianti al progetto.

Alla fine expo, che rischiava di esporre l’Italia a una figuraccia internazionale, si è tenuta regolarmente e non ci sono stati più scandali, a dimostrazione che non è vero il luogo comune secondo cui maggiori controlli comportano un allungamento dei tempi. Sotto questo punto di vista l’esperienza italiana può rappresentare a pieno diritto un benchmark. Il controllo delle procedure con cui vengono assegnati gli appalti pubblici rappresenta però solo un pezzo di questa battaglia. Altrettanto fondamentali sono i Piani di prevenzione della corruzione, con cui ogni pubblica amministrazione italiana ogni tre anni deve individuare le aree più a rischio al proprio interno, indicando le misure che intende adottare per prevenire possibili fenomeni corruttivi, la tempistica con cui realizzarli e i responsabili dei controlli.⁸”

2 Le Più Recenti Strategie Anti-Corruzione In Brasile

Il tema della corruzione è entrato prepotentemente a far parte dell’agenda pubblica, soprattutto successivamente alla adesione del Brasile al movimento internazionale di controllo della corruzione, che ha avuto come primo risultato, a partire dagli anni 2000, l’adozione di vari strumenti giuridici finalizzati a prevenire ed a combattere il fenomeno, in modo più o meno diretto.

Per ottemperare agli impegni assunti con gli organismi internazionali quali Or-

⁸Liberamente tratto dalla relazione annuale Anac 2016 di Raffaele Cantone.

ganizzazione delle Nazioni unite (ONU) e Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCDE), il Brasile ha promulgato leggi che mirano a combattere, tanto in ambito amministrativo, quanto penale, la corruzione che vale la pena di sottolineare - può essere intesa, tra le altre accezioni, come l'uso della posizione pubblica per ottenere vantaggi privati⁹. Di grande importanza ed accolta come grande innovazione è la riforma amministrativa finalizzata a combattere più efficacemente la corruzione.

Benché, per rendere meno attraente la pratica corruttiva, siano stati introdotti elementi di costo come, per esempio, quelli stabiliti indirettamente dalla legge n. 12.846/13, c.d. Legge Anticorruzione, che prevede multe per gli enti che si rendono colpevoli di corruzione, oppure siano stati introdotti strumenti come la collaborazione premiata che ha la finalità di agevolare le indagini e destabilizzare le associazioni criminali, un dato resta chiaro: la corruzione non sarà debellata finché non cambieranno alcune condizioni della società nella quale è radicata.

Non per nulla gli studi di storici, socio-politologi e sociologi - oltre, ovviamente, a quelli dei giuristi - danno spiegazioni e valutazioni del fenomeno che non possono essere trascurate tutte le volte che si parla di corruzione.

Vogliamo citare, a titolo di esempio, il lavoro di Luis Roberto Barroso, che recupera alcuni aspetti del processo di colonizzazione del Brasile in cui si evidenziano il patrimonialismo e la disuguaglianza, che, insieme, hanno contribuito a creare quel "jeitinho brasileiro"¹⁰ che si pone come inizio all'inosservanza delle regole giuridiche¹¹.

In Brasile, l'ordinamento giuridico associa Stato e corruzione, lasciando intendere che l'esistenza della corruzione coinvolge solo l'ambito pubblico.

Anche nei casi in cui è giuridicamente vietato un determinato comportamento che non coinvolge lo Stato, se ne intravede, seppur indirettamente, la presenza.

Si vedano, per esempio, i casi delineati all'art. 5 della legge 12.846/13, lettere c) e e). Sono ivi sanzionati comportamenti di privati che, malgrado non richiedano la partecipazione del funzionario pubblico, vengono ad incidere sulla sfera statale, individuata come la vittima del cattivo comportamento del privato. Infatti, 1) allontanare o cercare di allontanare il partecipante ad un appalto o lici-

¹⁰Tradurre questa espressione non è semplice: sono coinvolte non solo l'uso linguistico ma anche quello culturale. In via generica, possiamo tradurre l'espressione come "il modo di risolvere le cose brasiliano", ovvero quel piccolo modo di aggirare gli ostacoli per trovare una soluzione, anche quando questa si pone ai limiti della legge.

¹¹Luis Roberto Barroso, *Etica e jeitinho brasileiro: por que a gente è assim?* Discorso alla Brazil Conference, Harvard University, 2017, disponibile su <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>> Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

tazione attraverso un comportamento fraudolento o offrendo vantaggi di qualsivoglia natura oppure 2) costituire, in modo fraudolento o irregolare, una persona giuridica per partecipare ad una licitazione pubblica o concludere un contratto di diritto pubblico sono entrambe azioni realizzate da privati. Non c'è un funzionario pubblico necessariamente coinvolto, ciononostante la legge considera questi comportamenti corruzione. Infatti, senza dubbio si tratta di comportamenti che incidono sulla sfera statale.

Nell'ordinamento brasiliano, anche a voler considerare la maggior ampiezza del concetto di corruzione ai fini della responsabilità civile ed amministrativa delle persone giuridiche stabilita dalla legge 12.846/13, rispetto al concetto di corruzione attiva che compare all'art. 333 del Codice penale¹², sono sottratti alle sanzioni diversi comportamenti antietici. Ed è una scelta che comporta conseguenze rilevanti: una maggior tolleranza dello Stato fa in modo che si radichi l'idea di un ambiente in cui la mancanza di etica non viene sanzionata. E questa "riserva di spazio" nella quale si tollerano determinati comportamenti rende molto più difficile la lotta alla corruzione giuridicamente sanzionata. Con questo vogliamo ribadire che la lotta alla corruzione deve essere combattuta su diversi fronti e non soltanto quando viene toccata in vario modo la sfera pubblica. Anzi, in realtà, non solo certi comportamenti antietici compiuti da privati che non si ripercuotono in ambito pubblico non sono negativamente stigmatizzati, ma sono spesso addirittura applauditi silenziosamente. Offrire regali di pregio a professori di scuole private o ai capi dei settori acquisti di grandi imprese sono esempi quotidiani di corruzione che il Brasile non sanziona.

La legge 12.846/13, anche conosciuta come legge di responsabilità oggettiva delle persone giuridiche o più semplicemente legge anticorruzione, si rivolge alle persone giuridiche che corrompono, cioè che compiono condotte che la legge definisce come infrazioni. La presunta novità starebbe nella natura oggettiva della responsabilità amministrativa e civile, che prescinde, pertanto, anche dalla colpa. Diciamo 'presunta novità' perché la legge che delinea il sistema brasiliano di difesa dalla concorrenza, cioè la legge n. 12.529/11, già prevedeva,

¹²Corrupção ativa: Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Traduzione: Corruzione attiva: Art. 333 - Offrire o promettere un indebito vantaggio a un pubblico ufficiale, al fine di determinarlo a praticare, omettere o ritardare un atto ufficiale: Penalità - reclusione, da due (2) a dodici (12) anni, e fine. Paragrafo unico - La pena è aumentata di un terzo se, a causa del vantaggio o della promessa, il funzionario ritarda o omette un atto di ufficio o lo pratica in violazione del dovere funzionale.

prima dell'entrata in vigore della normativa anticorruzione, una responsabilità oggettiva amministrativa. Ovverosia: malgrado sia considerata una innovazione in ambito amministrativo, la responsabilità oggettiva delle persone giuridiche delineata dalla legge 12.846/13 segue altra legislazione che già toccava la Pubblica Amministrazione.

Allo stesso modo, dobbiamo riconoscere l'esistenza di previsione sanzionatoria per i comportamenti posti in essere dagli enti ancor prima della legge anticorruzione. La legge n. 8.666/93 (Legge generale delle licitazioni e dei contratti amministrativi) e la legge 10.520/02 (c.d. Legge "do Pregao"), per esempio, prevedono un controllo amministrativo delle azioni eticamente riprovevoli, attraverso sanzioni piuttosto rilevanti, quali la dichiarazione di inidoneità e la sospensione del diritto di contrattare con la Pubblica Amministrazione. Intendiamo dire che alcuni dei comportamenti sanzionati attraverso la legge 12.846/13 potevano già, prima della sua promulgazione, portare ad una sanzione amministrativa dell'ente. Basti pensare che l'ente poteva essere dichiarato inidoneo a contrattare con la Pubblica Amministrazione (sanzione a cui si sommava quella pecuniaria della multa) sulla scorta dell'art. 87, II e IV della legge 8.666/93, nelle stesse situazioni che sono ora contenute nell'art. 5 della legge 12.846/13.

Insomma, come previsto dalla stessa legge anticorruzione, una medesima condotta potrebbe dar luogo ad una sanzione in virtù della legge che regola le contrattazioni pubbliche e, ovviamente, in virtù della legge 12.846/13. Quindi, si tratta di diversi ambiti di responsabilità.

Ma, come già detto, non portano a risultati soddisfacenti le leggi che puniscono i pubblici ufficiali, gli imprenditori e gli enti che si rapportano con la Pubblica Amministrazione se non si guarda alle ragioni che danno origine al fenomeno.

C'è nella realtà politica, economica e sociale brasiliana una questione primordiale che alimenta la corruzione. Si tratta di una lampante diseguaglianza. E' questo elemento che dà forza alla corruzione e, allo stesso tempo, crea un paradosso solo apparente, nel quale i cittadini vedono sempre negli altri, in special modo nella classe politica, i corrotti, ma quasi mai si vedono coinvolti in fatti corruttivi¹³.

La società brasiliana è profondamente segnata da diseguaglianze storiche, la

¹³Erica Fraga, Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. Folha de São Paulo, 2016. In: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

gerarchia permea tutti i livelli sociali e si sviluppa non soltanto nelle relazioni tra lo Stato ed i privati ma anche nelle relazioni tra privati. Questo è il terreno ideale per il radicarsi della corruzione: favorisce un ambiente dove non c'è adesione alle norme, nel quale tutti sembrano avere ragioni più importanti per non adempiere ai comandi e non si sentono uguali agli altri¹⁴.

Dobbiamo riconoscere, dall'altro lato, che le modifiche legislative, insieme all'inserimento di nuove pratiche e di nuovi strumenti di controllo della Pubblica Amministrazione brasiliana, in special modo a partire dalla prima decade del secolo XXI, sono state accompagnate da una maggior intolleranza della popolazione con riguardo alla corruzione. Possiamo riconoscere, quindi, una evoluzione sociale che, però, non può limitarsi a sfociare nella indignazione. Il fatto che i media seguano i casi di corruzione, soprattutto quelli più imponenti, dimostra l'attenzione con cui la società si occupa del tema e, allo stesso tempo, alimenta nuova intolleranza con i comportamenti inadeguati.

Allo stesso modo non si può trascurare che, nonostante la necessaria lotta contro la corruzione, lo sforzo continuo e l'incessante discussione sulle alternative politiche possibili, si sta combattendo una guerra all'interno dello stesso ordinamento giuridico. Condotte distanti dai principi di ordinamento, pur non perpetrate in ambito pubblico, sono altrettanto nocive. Ma il Brasile non le punisce.

E' possibile che una determinata impresa proibisca comportamenti che realizzano corruzione tra privati, ma non esistono leggi sull'argomento che impongano sanzioni. Così una impresa potrebbe corrompere chi lavora per altra impresa senza subire punizione alcuna. Eppure questo comportamento viene comunque ad incidere sull'interesse pubblico perché lede la libera concorrenza. Ma lo Stato non lo punisce. Un alunno potrà dare un'utilità indebita ad un professore di una scuola privata per accattivarselo, ma lo Stato brasiliano non lo sanzionerà.

Al contrario di quel che accade in Italia, che punisce la corruzione tra privati dimostrando una vera intolleranza verso questo tipo di comportamenti. Ma questo in Brasile non accade.

¹⁴Le discussioni sollevate da Célia Regina Jardim Pinto sulla disegualianza storia brasiliana e la sua influenza sulla corruzione riprendono le considerazioni di Daron Acemoglu e James Robinson sulla ricchezza di alcune nazioni e la povertà di altre, dove il fattore differenziale sarebbero proprio le istituzioni: nei paesi poveri, al contrario dei più ricchi, si evidenziano istituzioni che escludono e che, strumentalizzate dall'élite politica, cadono in circoli viziosi, finalizzati alla perpetuazione del potere a detrimento della popolazione. In proposito, si veda Daron Acemoglu James Robinson, *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Considerazioni finali

Le due analisi compiute sugli ordinamenti italiano e brasiliano mostrano analogie e differenze, come sempre accade in ogni confronto comparatistico.

Di certo i due Paesi non sono stati risparmiati da imponenti fenomeni corruttivi che hanno avuto conseguenze sull'assetto politico ed anche economico. La normativa penale dei due Paesi è assimilabile, malgrado una tecnica redazionale un po' diversa. Quel che sembra divergere sono le strategie di lotta al fenomeno.

Il Brasile ha tentato la strada della collaborazione premiata e dell'accordo di clemenza: strumenti in cui lo Stato scende a patti con i criminali per trarne informazioni ripagate con benefici. L'accordo di clemenza è istituito sconosciuto all'ordinamento italiano. Non così per la collaborazione premiata: strumento che, *mutatis mutandis*, in Italia è stato utilizzato per la lotta alla mafia. Con quali risultati? Difficile dirlo. Quel che è certo è che i problemi processuali in ordine all'ammissibilità della prova sono stati molti e che ci sono state strumentalizzazioni da parte dei c.d. pentiti che senza dubbio minano l'efficacia dell'istituto. Istituto che, però, nulla ha a che vedere con un accordo sulla pena che diventa, così, negoziabile al punto dell'immunità. Collaborazione sì, ma premiata fino ad un certo punto. Almeno in Italia. La collaborazione non è mai stata estesa ai reati di corruzione, segno che il legislatore italiano lo ha considerato uno strumento inadeguato.

Il Brasile, al momento, complice l'esplosione del fenomeno ad alti livelli politici, ha privilegiato la strada della collaborazione premiata a quella della prevenzione, che però si sta facendo largo in parte della dottrina penalistica ed amministrativistica. Così come da più parti si chiede l'introduzione del reato di corruzione tra privati, ritenuto necessario per debellare un vero e proprio *modus vivendi*.

L'idea comune che si ricava dall'analisi che abbiamo compiuto è quello che la corruzione si combatte solo con misure che incidano profondamente nel tessuto sociale e politico. Ed è questa -crediamo- la strada che i legislatori dovrebbero percorrere.

RIFERIMENTI

AMISANO, Maristella. *Le tipologie della corruzione*. Giappichelli, Torino, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Etica e jeitinho brasileiro*: por que a gente è assim? Discorso alla Brazil Conference, Harvard University, 2017, disponibile su <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

BENUSSI, Carlo. I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, I, 1, in *Trattato di diritto penale*: parte speciale, diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, 2. ed, Cedam, Padova, 2013.

FRAGA, Erica. Estudos revelam como a corrupção prospera e funciona. In: *Folha de São Paulo*, 2016. In: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/05/1773117-estudos-revelam-como-a-corrupcao-prospera-e-funciona.shtml>>. Visto l'ultima volta il 12 luglio 2016.

PALAZZO, Francesco; PAPA, Michele. *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000.

ROBINSON, Daron Acemoglu James. *Por que as nações fracassam*: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RAMPIONI, Roberto. *I delitti di corruzione*: Studi su casi, Cedam, 2008.

SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*, Trento, 1992.

Artigo recebido em 30/11/2016
Revisado em 17/11/2016
Aprovado em 20/12/2016