

30 marzo 2018 | Maria Chiara Ubiali

 visualizza allegato 

## CORRUZIONE IN ATTI GIUDIZIARI E ARBITRATO: PER IL TRIBUNALE DI MILANO CORROMPERE UN ARBITRO NON È REATO

**GIP Milano, decr. arch. 24 ottobre 2017, Giud. Accurso Tagano**

*Per leggere il testo del decreto in commento, clicca in alto su "visualizza allegato".*

1. Il provvedimento in esame si segnala per alcune interessanti considerazioni circa la questione della configurabilità dei delitti di corruzione – e in particolare di corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter* c.p.) – quando uno dei soggetti del *pactum sceleris* è **componente di un collegio arbitrale** nominato ai sensi degli artt. 806 ss. del codice di procedura civile. Si tratta di un problema che si inserisce nel più vasto ambito della delimitazione delle qualifiche soggettive nei delitti contro la pubblica amministrazione e che sembra di non facile soluzione, stante la presenza nel nostro ordinamento di **due norme all'apparenza antinomiche**:

a) da un lato, l'**art. 357 c.p.** che afferma **"agli effetti della legge penale"** la natura di pubblico ufficiale dei soggetti che esercitano una *pubblica funzione giudiziaria*;

b) dall'altro lato, l'**art. 813, comma 2 c.p.c. – introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40** – che stabilisce, *apertis verbis*, che **agli arbitri non compete la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio**.

Il decreto di archiviazione in commento – come vedremo – fa prevalere quest'ultima disposizione, concludendo nel senso che difetta in capo agli arbitri la qualifica di pubblico ufficiale e con essa la possibilità di configurare in rapporto ad essi i reati di corruzione.

Ci pare opportuno sottolineare, sin d'ora, che la questione è oggi ancor più rilevante che in passato a seguito della riforma del processo civile di cui al d.l. n. 132 del 2014, con la quale il legislatore – allo scopo di smaltire il contenzioso arretrato – ha introdotto la possibilità di trasferire in sede arbitrale anche le cause civili pendenti dinanzi al Tribunale o alla Corte d'appello alla data di entrata in vigore di tale decreto[1].

2. Procediamo con ordine, ricapitolando per prima cosa i fatti. La questione prende avvio da un contenzioso civile tra una società assicurativa americana e un suo ex broker, contenzioso che era stato affidato, su comune accordo delle parti, alla decisione di un collegio arbitrale composto da tre arbitri. Qualche tempo dopo, la società americana ha presentato domanda di ricusazione di uno dei componenti del collegio, allegando audio registrati da investigatori privati dai quali si poteva evincere chiaramente come il broker si fosse garantito una decisione favorevole da parte del **presidente del collegio arbitrale**, a fronte della **promessa di versare a quest'ultimo una percentuale della somma che avrebbe ottenuto con il lodo**. Da qui l'instaurarsi di un procedimento penale conclusosi, tuttavia, con il **decreto di archiviazione** in esame. Come detto, infatti, il Gip del Tribunale di Milano ha ritenuto non configurabile il reato di corruzione in atti giudiziari, sostenendo appunto la tesi della mancanza in capo all'arbitro della qualifica di pubblico ufficiale.

3. L'argomentazione sulla quale si fonda il provvedimento di archiviazione fa leva sostanzialmente sull'assunto che, nonostante le ultime modifiche normative del codice di procedura civile e l'interpretazione giurisprudenziale si muovano nel senso di una equiparazione, quanto agli effetti, tra il lodo arbitrale e la sentenza del giudice ordinario, **il rapporto in forza del quale gli arbitri esercitano le loro funzioni è e rimane pur sempre privatistico**. In altre parole, secondo il Gip del Tribunale di Milano, «gli arbitri operano e sono legati alle parti private esclusivamente in forza di un negozio giuridico di natura privatistica», assimilabile ad un mandato e ciò osta al riconoscimento nei loro confronti della qualifica pubblicistica.

4. Va problematicamente considerato come nel senso di un'**equiparazione tra sentenza e lodo arbitrale** parli, anzitutto, l'**art. 824 bis c.p.c.** – introdotto dal citato d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 240 – che stabilisce che salvo quanto disposto dall'art. 825 c.p.c. [2], **il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria**.

D'altra parte, nella stessa direzione si è mossa la Corte costituzionale che ha sostenuto come il legislatore – a mezzo della riforma del 2006 – abbia introdotto una serie di norme che confermano che, anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale[3].

Nello stesso senso la **Corte di cassazione**, in una sua recente decisione a **Sezioni Unite**[4] – sconfessando un precedente orientamento[5] – ha sostenuto che la disciplina attuale dell'arbitrato pare contenere sufficienti indici sintomatici per **riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale**, equiparandolo dunque alla sentenza del giudice ordinario.

5. Dalla motivazione del decreto di archiviazione qui annotato si evince, tuttavia, come questi approdi della giurisprudenza civile e costituzionale non siano sufficienti a riconoscere in capo all'arbitro una qualifica pubblicistica. Secondo il Gip del Tribunale di Milano, infatti, **l'introduzione dell'art. 813, comma 2 c.p.c., che afferma chiaramente che agli arbitri non compete la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio, non può che essere sintomatica della volontà del legislatore di considerare gli arbitri quali soggetti che svolgono le loro funzioni sulla base di «un negozio giuridico di natura privatistica»**.

Per avvalorare questa conclusione viene richiamata, inoltre, una sentenza della **Cassazione civile** nella quale si è escluso che i **consulenti tecnici nominati dal collegio arbitrale** possano essere equiparati a quelli nominati nell'ambito di un procedimento avente pieno carattere giurisdizionale. E ciò proprio perché i primi – i consulenti tecnici arbitrali – svolgono una prestazione di matrice privatistica, in conseguenza del fatto che le parti sono legate agli arbitri da un rapporto di mandato[6]. Insomma, **secondo il decreto di archiviazione in commento la veste privatistica degli arbitri non viene meno per il solo fatto che la loro attività sia regolata dalla legge e produca effetti parificati a quelli di una sentenza dell'autorità giudiziaria.**

6. L'unica pronuncia della **Corte di cassazione penale** che può rinvenirsi sul punto, anch'essa richiamata dal giudice milanese, giunge a conclusioni in tutto e per tutto identiche. In particolare in un giudizio nel quale si discuteva, ancora una volta, della qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo ai consulenti tecnici d'ufficio nominati in sede di arbitrato, la S.C. ha affermato che tali soggetti non hanno la qualità né di pubblico ufficiale né di incaricato di pubblico servizio, dal momento che hanno una **funzione ausiliaria in un procedimento di natura privatistica**, tanto che, di conseguenza, non è configurabile il reato di corruzione[7].

\*\*\*

7. Nonostante risulti maggioritaria l'opinione contraria a riconoscere all'arbitro natura di pubblico ufficiale, la questione merita ad avviso di chi scrive un'adeguata riflessione, se non altro per l'evidente quanto **irragionevole vuoto di tutela** che comporta[8]. Il problema non è di facile soluzione e le tesi di segno opposto – l'una favorevole all'inclusione degli arbitri nella categoria degli "agenti pubblici", l'altra contraria – sono entrambe sostenibili con argomenti plausibili. Ci sembra, tuttavia, che un primo aspetto fondamentale da chiarire sia quello relativo all'**autonomia o meno del diritto penale** nel definire i concetti normativi di cui si serve nelle disposizioni incriminatrici. Se infatti fosse possibile stabilire una completa indipendenza del diritto penale nella definizione della nozione di "agente pubblico", a nulla servirebbe richiamare l'art. 813, comma 2 c.p.p.: l'affermazione, contenuta in questa disposizione, che agli arbitri non compete la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio, varrebbe **solo ai fini della legge civile**, non dando alcuna indicazione al penalista circa i soggetti che possono essere considerati "pubblici agenti"[9]. In altre parole, bisogna chiedersi di quali fonti deve servirsi il giudice penale per la corretta individuazione, nella prassi, delle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio.

Nella dottrina più recente si rinvengono risposte univoche a tale quesito. Secondo diverse autorevoli voci, il giudice penale non potrà utilizzare fonti diverse da quelle previste agli artt. 357 e 358 c.p. e, meno che mai, fonti subordinate. Alle nozioni contenute in tali disposizioni si deve guardare, pertanto, non solo con riguardo ai delitti contro la p.a., ma ovunque si faccia riferimento, nel codice o nella legislazione penale complementare, alle figure soggettive in esame, e qualunque sia il ruolo svolto da queste all'interno della fattispecie[10]. A rafforzamento di questa tesi, ci sembra che debba venire valorizzata la dicitura *ivi* prevista "**agli effetti della legge penale**": ciò significa, a nostro avviso, che le definizioni contenute negli articoli 357 e 358 c.p. possono stabilire in via esclusiva e autonoma a chi spetti lo *status* di pubblico ufficiale rilevante per il diritto penale e quindi per l'integrazione dei delitti contro la pubblica amministrazione. In altri ambiti, invece, l'ordinamento può ben fissare per un particolare soggetto una diversa disciplina[11]. D'altra parte e nello stesso senso, l'art. 813, comma 2 c.p.c., stabilendo che agli arbitri non compete la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio, non precisa che tale affermazione possa avere una qualche rilevanza agli effetti penali, e quindi nell'individuazione delle qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazione.

8. Se questo è vero allora, ci sembra che possa sostenersi con qualche ragione che **a nulla vale richiamare l'art. 813, comma 2 c.p.c. per stabilire se un arbitro possa meno divenire soggetto attivo dei delitti di corruzione e, in particolare, di quello di corruzione in atti giudiziari.** La questione si sposta quindi su un terreno tutto interno al codice penale: bisognerà chiarire se l'arbitro rientri o meno nella definizione di pubblico ufficiale di cui all'art. 357 c.p., chiedendosi dunque **se tale figura sia annoverabile tra quelle che svolgono una "pubblica funzione giudiziaria"**[12]. Per rispondere a tale quesito è indispensabile premettere che, in seguito alla riforma di cui alla l. 86 del 1990, l'art. 357 c.p. adotta ora una concezione funzionale-oggettiva della nozione di pubblico ufficiale, svincolandola da qualsivoglia rapporto soggettivo di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico. Ciò comporta che occorrerà verificare in concreto se la mansione esercitata dall'agente ed oggettivamente considerata presenti o meno i connotati della pubblica funzione[13], indipendentemente da che tipo di atto o di rapporto abbia investito il soggetto del compito di svolgere un determinato ufficio.

9. Alla luce di queste considerazioni ci pare allora che possa essere superata l'argomentazione – su cui fa leva il giudice milanese – secondo cui gli arbitri non possono essere considerati pubblici agenti poiché sono legati alle parti private esclusivamente in forza di un negozio giuridico di natura privatistica, assimilabile ad un mandato. Si tratta di un argomento questo che, in un sistema delle qualifiche soggettive basato su una concezione oggettivistica, non può essere preso in considerazione al fine di stabilire se un soggetto sia o meno inquadrabile nella categoria dei pubblici ufficiali. Viceversa – è questo il punto centrale già messo in luce da altra voce in dottrina[14] – bisognerà porre lo sguardo sulle **caratteristiche oggettive dell'attività arbitrale**. In questo senso, la disciplina codicistica dell'arbitrato successiva alla riforma del 2006 si caratterizza – lo ha sottolineato la citata sentenza della Corte costituzionale – per una serie di norme che assimilano l'attività arbitrale a quella del giudice statale. Per esempio, **l'art. 819 bis c.p.c. permette agli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale; l'art. 824 bis c.p.c. – lo abbiamo già sottolineato – ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.** In relazione agli aspetti di diritto sostanziale si menziona la disciplina della **prescrizione** (artt. 2943 e 2945 c.c.) e quella della **trascrizione** (artt. 2652, 2653, 2690, 2691 c.c.), che equiparano espressamente alla domanda giudiziale l'atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale[15]. Inoltre – a parola invece della Corte di cassazione[16] – anche rispetto al procedimento arbitrale si possono porre questioni preventive di competenza o di giurisdizione e spetta persino all'arbitro, non diversamente dal giudice, **il diritto di ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea**[17]. Se le due attività di *ius dicere* sono sostanzialmente equiparabili, ci pare che anche la funzione arbitrale possa assumere un connotato pubblicistico, al pari di quella dell'autorità giudiziaria, e ciò indipendentemente dal tipo di rapporto in forza del quale arbitri e giudici sono investiti dell'esercizio del rispettivo incarico. A nostro avviso, ne deriva di conseguenza l'inclusione degli arbitri nella categoria dei pubblici ufficiali, agli effetti della legge penale, e quindi la possibilità di configurare in capo a questi il reato di corruzione in atti giudiziari.

**10.** È questa la tesi che ci pare più ragionevole e ciò, soprattutto, per poter scongiurare un ingiustificato vuoto di tutela penale per una funzione, quella arbitrale, che anche in virtù della citata riforma del processo civile volta a smaltire il contenzioso arretrato, ha assunto un ruolo chiave nella risoluzione di controversie di grandissima importanza economica. D'altra parte siamo consapevoli che una simile opinione può esporsi all'obiezione di condurre ad una illegittima interpretazione analogica di una norma penale come l'art. 357 c.p., nella misura in cui si riesca a dimostrare che gli arbitri, nel sistema processuale civile, non svolgono propriamente una pubblica funzione giurisdizionale. Ci sembra allora più che mai auspicabile un intervento legislativo che stabilisca a quale delle due soluzioni dare prevalenza: **se, come sembra ragionevole e necessario, il legislatore intende punire la corruzione degli arbitri – coinvolti spesso nella soluzione di controversie di ingente valore economico e rilevanza – è bene che lo chiarisca presto.**

[1] Cfr. art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162.

[2] Si tratta di una disposizione che subordina l'esecutiva del lodo ad una valutazione di regolarità formale da parte del Tribunale del circondario in cui ha sede l'arbitrato. Art. 825, comma 1 c.p.c. (Deposito del lodo): «La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto».

[3] Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223.

[4] Cass. civ., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *DeJure*.

[5] Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *DeJure*, secondo cui il "dictum" arbitrale è e resta, atto di autonomia privata e che l'arbitro non è un organo giurisdizionale; tanto che nonostante l'attribuzione al lodo a posteriori di effetti propri della sentenza, rimane inalterata la sua natura originaria di atto negoziale.

[6] Cass. civ., Sez. I, 21 marzo 2014, n. 6736, in *DeJure*.

[7] Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5901, in *DeJure*.

[8] Ha posto questo problema anche L. Ferrarella, *Il processo civile punta sugli arbitri (e sono corrompibili)*, in questa *Rivista*, 13 novembre 2014.

[9] È questa l'opinione di M. Gambardella, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, in questa *Rivista*, 3 dicembre 2014, p. 4.

[10] Cfr. M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico*, IV ed., Milano, 2015, p. 298-299. Nello stesso senso C. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II ed., Padova, 2013, p. 45; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, XV ed., Milano, 2008, p. 298.

[11] Così testualmente M. Gambardella, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, cit., p. 4.

[12] *Ivi*, p. 5-6.

[13] Cfr. C. Benussi, sub art. 357, in E. Dolcini, G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV. Ed., Milano, 2015, p. 970 ss. e la dottrina unanime *ivi* citata.

[14] Cfr. M. Gambardella, *Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*, cit., p. 9.

[15] Cfr. Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223.

[16] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *DeJure*.

[17] Cfr. F. Bellagamba, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2017, p. 140, il quale menziona queste caratteristiche comuni giungendo, tuttavia, a soluzioni contrarie a riconoscere all'arbitro la qualifica pubblicistica.



## CHI SIAMO

“Diritto penale contemporaneo” è stata una rivista on line, ad accesso libero e senza fine di lucro, pubblicata a partire dal 1° novembre 2010 fino al 1° ottobre 2019, nata dall'idea di creare uno spazio di discussione comune tra il mondo degli operatori del diritto penale - magistrati e avvocati - e quello dell'accademia, italiana e internazionale.

A partire dal dicembre 2011, a questa rivista si è affiancata una *Rivista trimestrale*, parimenti on line e ad accesso gratuito.

Il progetto di “Diritto penale contemporaneo” è nato da un'iniziativa comune di [Luca Santa Maria](#), che ha ideato, finanziato e promosso il progetto, e di [Francesco Viganò](#), che è stato sin dalle origini il direttore della rivista fino alla sua nomina a giudice costituzionale, nel febbraio del 2018.

La rivista è stata edita dall'Associazione “Diritto penale contemporaneo”, presieduta dall'Avv. Santa Maria. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista erano composti da docenti e ricercatori di numerose università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

La qualità scientifica dei contributi pubblicati nel decennio di vita della Rivista è stata garantita dal comitato scientifico. Tutti i contributi pubblicati nella sezione ‘papers’ sono stati inviati in forma anonima ad un componente del comitato scientifico, individuato secondo criteri di competenza e di rotazione, il quale ha espresso parere favorevole alla pubblicazione.

La rivista ha fatto proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Codice ISSN di “Diritto penale contemporaneo”: 2039-1676